

**DIE ALLGEMEINVERBINDLICHERKLÄRUNG
VON TARIFVERTRÄGEN
ALS VERWALTUNGSAKT IM
VERWALTUNGSPROZESS**

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Ulrich Schaefer

Magistratsassessor in Berlin

1963

1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

**DIE ALLGEMEINVERBINDLICHERKLÄRUNG
VON TARIFVERTRÄGEN
ALS VERWALTUNGSAKT IM
VERWALTUNGSPROZESS**

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Ulrich Schaefer

Magistratsassessor in Berlin

1963

Erstgutachter: Prof. Dr. jur. Karl August Bettermann
Zweitgutachter: Prof. Dr. jur. Reinhard Richardi
Tag der mündlichen Prüfung: 29. November 1968



Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
§ 1 Einleitung	1
Die Untersuchung über die AVE als Verwaltungsakt im Verwaltungsprozeß als Beitrag zur Qualifikationsfrage	1
§ 2 Geschichtlicher Überblick	2
I. Die praktische Bedeutung des Theorienstreits unter der TVO und die verschiedenen Theorien	2
II. Die Einführung der Generalklausel als Ausgangspunkt neuer Auseinandersetzung und die neuen Lehren	4
§ 3 Problemstellung	9
I. Die Notwendigkeit der Einzeluntersuchung	9
II. Die Behandlung der Qualifikationsfrage als Rechtsschutzproblem Es wird davon ausgegangen, die AVE sei (auch) Verwaltungsakt	9 11
III. Abgrenzung und Rechtfertigung der vorliegenden Untersuchung	12
§ 4 Rechtsweg und Zuständigkeiten	14
I. Rechtsweg	14
Der Begriff des Hauptgegenstandes der gerichtlichen Prüfung	14
Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, nicht der Arbeitsgerichte, auch nicht über § 8 TVG	16
Eine solche ist auch de lege ferenda nicht geboten	19
II. Die jetzige und die frühere Regelung der sachlichen Zuständigkeit	21
Die örtliche Zuständigkeit	22
§ 5 Die Anfechtungsbefugnis	23
I. Die Anfechtungsbefugnis im allgemeinen	23
II. Die Anfechtungsbefugnis bei der AVE im besonderen	25
1. Die Anfechtungsbefugnis der Tarifaußen-seiter	27
Im Falle der AVE	27
Im Falle der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit	40
Im Falle der Ablehnung des Antrages auf AVE	43

	<u>Seite</u>
2. Die Anfechtungsbefugnis der Tarifbe-	45
teiligten	46
Im Falle der AVE	60
Im Falle der Ablehnung der AVE	68
Im Falle der Aufhebung der Allgemeinver-	70
bindlichkeit	
Im Falle der Ablehnung der Aufhebung	
3. Die Anfechtungsbefugnis anderer, insbeson-	72
dere der "am Ausgang des Verfahrens inter-	
essierten" Vereinigungen (§ 5 II TVG)	
4. Die Landesarbeitsminister (§ 5 II, III)	79
5. Der Tarifausschuß (§ 5 I)	80
§ 6 Besondere Anfechtungsgründe bei der AVE	81
I. Die Fehlerhaftigkeit und Anfechtbarkeit der	81
Verwaltungsakte im allgemeinen	
Anfechtbarkeit und Nichtigkeit	83
II. Besondere Tatbestände der Fehlerhaftigkeit	86
bei Ausspruch, Aufhebung und Ablehnung der	
Allgemeinverbindlichkeit	
1. Verstöße gegen das Antragserfordernis	86
2. Verstöße bezüglich der sachlichen Voraus-	90
setzungen gemäß § 5 I, V TVG	
Die sachliche Entscheidungszuständigkeit	91
des Tarifausschusses	
Gewähren § 5 I, V TVG Ermessensspielraum?	96
Die bisherigen Ansichten	97
Die ältere Ermessenslehre und die Lehre	98
vom Beurteilungsspielraum	
Die Anwendung der neuen Erkenntnisse auf	104
§ 5 I, V TVG	
Der Sonderfall des § 5 I BerlTVG	119
Zusammenfassung	123
Beispielhafte Sachverhalte für § 5 I, V	125
3. Verstöße hinsichtlich der Beteiligung	134
des Tarifausschusses	
§ 7 Inhalt und Wirkungen der verwaltungsgerichtlichen	142
Kassationsentscheidung in subjektiver Beziehung	
<u>Erstes Kapitel: Der Inhalt der Kassation</u>	142
I. Das Kassationsurteil als Gestaltungsurteil	142
1. Die Gestaltung im allgemeinen und bei	142
Ausspruch und Aufhebung der Allgemein-	
verbindlichkeit im besonderen	
2. Das Kassationsurteil als Gestaltungs-	146
urteil in subjektiver Beziehung	

	<u>Seite</u>
II. Die Reichweite der Gestaltung in subjektiver Hinsicht	149
1. Die These von der Einheitlichkeit der Gestaltung	149
2. Absolute und relative Gestaltung bei Allgemeinverfügung im allgemeinen und AVE im besonderen	151
Allgemeinverfügung und Sammelverfügung	154
Die AVE als Sammelverfügung	157
Die relative Kassation als Teilkassation i.S. des § 113 I 1 VwGO	163
Ergebnis: Relative Kassation möglich und zulässig, aber Vermutung für absolute	165
3. Besondere verfahrensrechtliche Bedenken hiergegen: Aus § 88 und § 113 I VwGO	167
4. Die Auslegung der Kassationsentscheidung	171
<u>Zweites Kapitel: Die Wirkung des Kassationsurteils in subjektiver Beziehung</u>	173
Die Verbindlichkeit der Gestaltung pro et contra omnes infolge Tatbestandswirkung	176
§ 8 Der Suspensiveffekt	177
I. Der Suspensiveffekt im allgemeinen und bei der AVE im besonderen	177
1. Das Wesen des Suspensiveffekts, insbesondere bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten: Wirksamkeits- oder Vollzugshemmung?	177
2. Eintritt und Inhalt der aufschiebenden Wirkung bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im besonderen	182
Insbesondere die Probleme bezüglich Rückwirkung und Nachwirkung	183
II. Der Wirkungsumfang des Suspensiveffekts in subjektiver Beziehung	186
1. Problem	186
2. Der Suspensiveffekt im Verhältnis des Klägers zu seinen Arbeitsvertragspartnern	188
3. Die subjektiven Grenzen des Suspensiveffekts im übrigen	189
III. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit	193
1. Die Wirkung der Anordnung	193

	<u>Seite</u>
2. Die Reichweite der Anordnung in subjektiver Beziehung	195
3. Voraussetzungen für die Anordnung im Falle der AVE	196
§ 9 Die Beiladung	199
I. Die notwendige Beiladung, insbesondere der Tarifaußenseiter	200
1. Die Frage der Notwendigkeit der Beiladung nach den Lehren von Herschel und Bogs sowie der Doppelnaturlehre	201
2. Die Frage der Notwendigkeit bei der AVE als Sammelverfügung	204
3. Insbesondere die Bedenken gegen eine notwendige Beiladung der Außenseiter	208
4. Schlußfolgerungen	211
II. Die fakultative Beiladung	212
1. Die Voraussetzungen im allgemeinen	212
2. Die fakultative Beiladung von Tarifaußenseitern	214
3. Die Frage der fakultativen Beiladung nach der Doppelnaturlehre	216
§ 10 Die Wirkungsgrenzen verwaltungsgerichtlicher Feststellung, insbesondere über Nichtigkeit oder Wirksamkeit von Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit in subjektiver Beziehung	218
I. Die Feststellung der Nichtigkeit	218
1. Problemstellung, insbesondere im Hinblick auf die Vielzahl der von der AVE Betroffenen	218
2. Lösungsmöglichkeiten	222
Analogie zu § 8 TVG?	222
Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidung entsprechend derjenigen bei der abstrakten Normenkontrolle	225
II. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit	228
§ 11 Die zeitliche Wirkung des Kassationsurteils, insbesondere das Problem der Rückwirkung	230
I. Problemstellung	230
1. Problemfaktoren:	230
Die zeitliche Teilbarkeit des Verwaltungsaktes	230
Der Grundsatz der Rückwirkung der Kassation	232

	<u>Seite</u>
2. Das Postulat von der ex-nunc-Kassation für die AVE als Verwaltungsakt	233
II. Lösungsmöglichkeiten	235
1. Untaugliche Lösungsversuche:	235
Nachwirkung der Rückwirkung?	235
Suspensiveffekt?	237
2. Die "arbeitsrechtliche" Begründung, insbesondere von Herschel	238
3. Auseinandersetzung mit dieser Lehre	240
Verwaltungsgerichtliche Kassation wie bürgerlichrechtliche Anfechtung beinhalten beide die Beseitigung des Gegenstandes	240
Aber es bestehen Bedenken gegen die Gleichsetzung der Beseitigungsgründe in beiden Fällen	241
Das Problem der Rückwirkung als besonders gelagerter Fall eines Konfliktes von Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit	241
Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit und ex-nunc-Wirkung bei der AVE erscheint zulässig und geboten	245
4. Die zeitliche Kassationswirkung bei der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit	246
§ 12 Ergebnisse und Erkenntnisse	250
1. Die besonderen Kristallisationspunkte prozessualer Probleme bei der AVE als Verwaltungsakt:	251
Die Rechtsgestaltung infolge AVE	251
Die AVE als Sammelverfügung	253
Die AVE als Dauerverfügung	257
2. Folgerungen:	258
Die Kombination dieser Faktoren - Merkmal der Rechtsnorm? Oder Unzulänglichkeit der VwGO bei atypischen Verwaltungsakten?	258
Jedenfalls wird die Zweckmäßigkeit der Qualifikation als Verwaltungsakt unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes nicht uneingeschränkt bestätigt	258
3. Die gesetzliche Regelung der AVE ist nicht rechtsschutzfreundlich	260

Schrifttumsverzeichnis

- Auffahrt: Anfechtbarkeit und Rechtsnatur der
Allgemeinverbindlicherklärung von
Tarifverträgen, in: BArBl 1957, S. 756
- Bachof: Der maßgebende Zeitpunkt für die ge-
richtliche Beurteilung von Verwaltungs-
akten, in: JZ 1954, S. 419
- Beurteilungsspielraum, Ermessen und
unbestimmter Rechtsbegriff, in:
JZ 1955, S. 97
- Teilrechtsfähige Verbände des öffent-
lichen Rechtes. Die Rechtsnatur der
technischen Ausschüsse des § 24 der
Gewerbeordnung, in: AöR Bd. 83 (1958),
S. 208
- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-
gerichtes (BVerwG E 4 bis E 12), in:
JZ 1962, S. 693, 701
- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-
gerichtes (BVerwG E 13 bis E 19), in:
JZ 1966, S. 302, 436, 473, 510
- Anmerkung zu HessVGH vom 10. 2. 1950
- OS 210/49 - in: MDR 1950, S. 375
- Anmerkung zu BVerwG vom 11. 10. 1956
- I C 179/54 - in: DVBl 1957, S. 788
- Nachwort zu Bettermann AöR Bd. 86,
S. 129, in: AöR Bd. 86, S. 186
- Bender: Der nichtige Verwaltungsakt, in:
DVBl 1953, S. 33
- Berger: Die Rechtsnatur der Allgemeinverbind-
licherklärung, in: BB 1956, S. 533
- Die Allgemeinverbindlicherklärung als
Rechtsverordnung, in: DVBl 1956, S. 858
- Bergmann, Wolfgang: Zwischenbilanz der verwaltungsgericht-
lichen abstrakten Normenkontrolle, in:
VerwA Bd. 51 (1960), S. 36
- Bernhardt, Rudolf: Zur Anfechtung von Verwaltungsakten
durch Dritte, in: JZ 1963, S. 302
- Bettermann: Verwaltungsakt und Richterspruch, in:
Forschungen und Berichte aus dem öffent-
lichen Recht. Gedächtnisschrift für
Walter Jellinek 1955

- Bettermann: Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Handbuch für Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Bd. 3 2. Halbband, Berlin 1959, S. 779 (zitiert: Bettermann, Grundrechte III/2)
- Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt; Jubiläumsschrift zum 100jährigen Bestehen der Deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1963, Bd. II, S. 449 (zitiert: Bettermann, Klagebefugnis usw.)
 - Rechtssetzungsakt, Rechtssatz und Verwaltungsakt; Sitzungsgenehmigung und Allgemeinverbindlicherklärung, in: Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag, 1967, Bd. 2, S. 723 (zitiert: Bettermann, Rechtssetzungsakt usw.)
 - Über richterliche Normenkontrolle, in: ZZP, Bd. 72, S. 32
 - Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt. Beiträge zu Art. 19 IV, 93, 100 des Grundgesetzes, §§ 90 bis 95 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und § 47 der Verwaltungsgerichtsordnung, in: AöR Bd. 86, S. 129
 - Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, in: Der Staat, Bd. 1 (1961), S. 79
 - Über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozeßvergleichung und einer allgemeinen Prozeßrechtslage, in: DVBl. 1951, S. 39, 72
 - Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, in: DVBl. 1953, S. 163, 202
 - Verwaltungsakt und Rechtsmittelbescheid als Gegenstand der Anfechtungsklage, in: NJW 1958, S. 83

- Bettermann: Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages. Rechtsschutz, Rechtskontrolle und Rechtsnatur, in: RdA 1959, S. 245
- Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, in: NJW 1960, S. 649
- Anmerkung zu BGH vom 28. 3. 1966
- III ZR. 220/53 - in: MDR 1955, S. 734
- Anmerkung zu BayVerfGH vom 2. 2. 1960
- Vf. 109-VI/61 - in: JZ 1962, S. 675
- Anmerkung zu VG Frankfurt/Main vom 14. 11. 1961 - VI/2-971/60 - in: DÖV 1962, S. 151
- Anmerkung zu VG Sigmaringen vom 17. 9. 1962 - I 163/62 - in: DVBl. 1962 S. 826
- Anmerkung zu OVG Hamburg vom 16. 6. 1964 - Bf. I 74/63 - in: DVBl. 1966, S. 40
- Blomeyer, Arwed: Zivilprozeßordnung; Erkenntnisverfahren. 1. Auflage 1963 (zitiert: Blomeyer, ZPO I)
- Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit, in: ZZP Bd. 75, S. 1
- Bogs: Zur Entwicklung der Rechtsform des Tarifvertrages, in: Festschrift für J. v. Gierke, Berlin 1950, S. 39
- Autonomie und verbandliche Selbstverwaltung im modernen Arbeits- und Sozialrecht, in: RdA 1956, S. 1
- Bötticher, Eduard: Tarifliche Zuschläge für Gewerkschaftsangehörige, in: BB 1965, S. 1077
- de Clerck: Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten, in: NJW 1961, S. 2233
- Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, in: DÖV 1964, S. 152

- Czermak: Verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe, in: NJW 1961, S. 1905
- Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung, in: NJW 1962, S. 776
- Zum gerichtsfreien Beurteilungsspielraum im Verwaltungsrecht, in: JZ 1963, S. 276
- Anmerkung zu BVerwGE 11, 129 (= NJW 1961, S. 795), in: NJW 1961, S. 1225
- Daumann, Klaus-Dietrich: Der Suspensiveffekt des § 80 VwGO als Vollzugs- oder Wirkungshemmung, Dissertation, Berlin 1964
- Dersch: Zuständigkeiten des Bundesverwaltungsgerichtes im Arbeitsrecht, in: RdA 1952, S. 441
- Die Bedeutung der Verwaltungsakte in der neueren Entwicklung des Arbeitsrechtes und der Sozialversicherung, in: Festschrift für Nipperdey zum 60. Geburtstag (1955), S. 215
- Drews-Wacke: Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage 1961
- Dürig: in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar von Theodor Maunz und Günter Dürig, München und Berlin 1964 (zitiert: Maunz-Dürig)
- "Bedürfnis" und "öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe, in: JZ 1953, S. 535
- Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sowie eines Gesetzes über die Beschränkung der Berufung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, Bad Godesberg 1954 (Bundestags-Drucksache 462/1954)
- Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung. 4. Auflage 1965 (zitiert: Eyermann-Fröhler)
- Fellner: Verwaltung unter Gerichtsbarkeit, in: DVBl. 1963, S. 482
- "Der unbestimmte Rechtsbegriff" aus der Sicht der Verwaltung, in: DVBl. 1966, S. 161

- Fitting: Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, in: RdA 1952, S. 5
- Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechtes, 8. Auflage 1928 (zitiert: Fleiner, Institutionen)
- Flume: Steuerwesen und Rechtsordnung, in: Rechtsproblem in Staat und Kirche; Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, 1952, S. 97
- Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 8. Auflage 1961 (zitiert: Forsthoff)
- Fromm, Günter: Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht, in: DVBl. 1962, S. 801
- Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, in: VerwA Bd. 56 (1965), S. 26
- Fuss, Ernst-Werner: Rechtssatz und Einzelakt im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: NJW 1964, S. 945
- Galperin: Die autonome Rechtssetzung im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, München-Berlin 1962
- Geiger, Willi: Zur Frage der Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Urteile, in: Staatsbürger und Staatsgewalt; Jubiläumsschrift zum 100jährigen Bestehen der Deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit 1963, Bd. I, S. 183 (zitiert: Geiger, Festschrift Verwaltungsgerichtsbarkeit I)
- Giese: Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Ermessensnachprüfung, in: JZ 1952, S. 585
- Goldschmidt: in: Arbeitsrechts-Blätter für die Arbeitsrechtspraxis, herausgegeben von Sitzler. Zu: Mindestarbeitsbedingungen
- Gross, Rolf: Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung, in: NJW 1965, S. 283
- Gumpert: Rechtsmittel gegen die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: BB 1954, S. 261

- Gumpert: Nachprüfung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen durch Arbeitsgerichte oder Verwaltungsgerichte?, in: BB 1959, S. 271
- Haueisen: Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, in: NJW 1964, S. 2037
- Häußner: in: Arbeitsrecht - Blattei für die Arbeitsrechtspraxis, herausgegeben von Sitzler. Zu: Verwaltungsgerichtsbarkeit II
- Heike: Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, in: DÖV 1962, S. 416
- Heintze, Reinhard: Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten, in: NJW 1963, S. 1430
- Heinze, Christian: Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlass von Verwaltungsakten, in: VerwA Bd. 52 (1961), S. 275
- Herschel: Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: Sozialreform und Sozialrecht. Festschrift für Bogs, Berlin 1959, S. 26
- Änderung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages, in: Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Alfred Hueck zum 70jährigen Geburtstag, München-Berlin 1959, S. 105
- Fragen des Tarifrechtes, in: BARbBl. 1950, S. 377
- Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, in: BARbBl. 1952, S. 36
- Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages. Eine Entgegnung, in: RdA 1959, S. 361
- Die Behinderung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: AuR 1966, S. 193
- Anmerkung zu OVG Berlin vom 15. 3. 1957 - OVG II B 52/56 - bei: AP Nr. 3 zu § 5 TVG

- Hessel: Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung - eine Entgegnung, in: BB 1956, S. 790
- Hoffmann, Reinhard: Rechtsprobleme der Verkehrszeichen, in: JZ 1964, S. 702
- Hohenester: Anmerkung zu BVerfG, Beschluß vom 24. 2. 1965 - 2 BVR 682/64 - in: NJW 1966, S. 539
- Anmerkung zu VGH Kassel vom 6. 4. 1966 - OS II 128/63 - in: NJW 1966, S. 2078
- Hueck-Nipperdey-Tophoven: Tarifvertragsgesetz, 3. Auflage 1955 (zitiert: Hueck-Nipperdey-Tophoven)
- Hueck-Nipperdey-Stahlhacke: Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage 1964 (zitiert: Hueck-Nipperdey-Stahlhacke)
- Hueck, Alfred: in: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Bd., 7. Auflage 1963 (zitiert: Hueck-Nipperdey, Lehrb. I)
- Hueck-Nipperdey: Grundriß des Arbeitsrechts, 2. Auflage 1962
- Grundriß des Arbeitsrechts, 3. Auflage 1965 (zitiert: Hueck-Nipperdey, Grundriß)
- Hueck, Alfred: Anmerkung zu BAG, in: AP Nr. 12 zu § 5 TVG
- Hüttl: Zur Auslegung des Rechts, besonders des öffentlichen Rechts - bahnt sich eine Wandlung des Rechtsstils an?, in: DVBl. 1965, S. 61
- Idel: Zum unbestimmten Rechtsbegriff im öffentlichen Recht, in: NJW 1955, S. 733
- Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927 (zitiert: Jacobi, Grundlehren)
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1931, unveränderter Neudruck 1948 (zitiert: Jellinek)
- Jesch: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in: AöR Bd. 82, S. 163
- Jung: Die Vollzugsfähigkeit behördlicher Erlaubnisse, in: NJW 1961, S. 159

- Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht, 5. Auflage 1957 (zitiert: Kaskel-Dersch)
- Kayser, Walter: Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten, in: DÖV 1954, S. 434
- Kellner: Zum Beurteilungsspielraum, in: DÖV 1962, S. 572
- Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozesspraxis, in: NJW 1966, S. 857
- Kirchner: Die richterliche Nachprüfung der Allgemeinverbindlicherklärung, in: AuR 1959, S. 295, 336
- Klein, Friedrich: Die Übertragung rechtssetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, in: Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat; Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Bd. 12, Frankfurt/Main 1952, S. 79 (zitiert: Klein, Übertragung rechtssetzender Gewalt)
- Klein, Rüdiger: Ermessen und Sprachgebrauch, in: JZ 1956, S. 588
- Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, in: AöR Bd. 82, S. 75
- Klinger: Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage 1964 (zitiert: Klinger)
- Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff (Referat, gehalten auf der 6. Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten), in: Sonderdruck aus der Staatszeitung für Rheinland-Pfalz, S. 5 (zitiert: Klinger, Sonderdruck)
- Koehler: Verwaltungsgerichtsordnung Berlin-Frankfurt/Main 1960 (zitiert: Koehler)
- Köhler v.: Ist eine Allgemeinverbindlicherklärung anfechtbar?, in: DVBl. 1956, S. 712
- Korbmacher: Ermessen - unbestimmter Rechtsbegriff - Beurteilungsspielraum, in: DOV 1965, S. 696

- Krauthausen: Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff (Referat, gehalten auf der 6. Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten, in: Sonderdruck aus der Staatszeitung für Rheinland-Pfalz, S. 8 (zitiert: Krauthausen, Sonderdruck)
- Krüger, Hildegard: Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung, in: RdA 1957, S. 46
- Lerche, Peter: Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg. Der Einfluß der verwaltungsgerichtlichen Generalklauseln der amerikanischen und britischen Zone auf die Frage der Zweigleisigkeit und die Unzulässigkeit des "ordentlichen" Rechtsweges, Köln-Berlin 1953 (zitiert: Lerche, Ordentlicher Rechtsweg usw.)
- Stichwort "Ermessen", in: Staatslexikon Recht - Wirtschaft - Gesellschaft, herausgegeben von der Görres-Gesellschaft, 6. Auflage 1959
- Lieb: Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen als Problem des Geltungsbereichs autonomer Normensetzung, Dissertation, München 1960
- Rechtsnatur und Mängel der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages, in: RdA 1957, S. 260
- Loening: Die gesetzliche Koppelung von unbestimmtem Rechtsbegriff bei der Versagung und Entziehung von Begünstigungen, in: DVBl. 1952, S. 197, 235
- Löwer: Suspensiveffekt und Vollzugsanordnung, in: DÖV 1965, S. 829
- Maus: Tarifvertragsgesetz, Göttingen 1956 (zitiert: Maus TVG)
- Handbuch des Arbeitsrechts (zitiert: Maus, Handbuch)
- Mitwirkung von Ausschüssen im Arbeitsrecht, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Bogs, Berlin 1959, S. 169
- Menger: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Eine verwaltungsrechtliche und prozeßvergleichende Studie, Tübingen 1954 (zitiert: Menger, System)

- Menger: Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Bd. 3, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 717 (zitiert: Menger, Grundrechte III/2)
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwA Bd. 49 (1958), S. 368; Bd. 50 (1959), S. 77; Bd. 51 (1960), S. 263; Bd. 54 (1963), S. 184, 400
- Musa: Der Ausschluß der Außenseiter von tarifvertraglichen Ansprüchen, in: BB 1966, S. 82
- Nebinger: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1949 (zitiert: Nebinger, Verwaltungsrecht)
- Neumann, Franz: Rückwirkende Aufhebung einer Allgemeinverbindlicherklärung, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZfA) 1930, Sp. 681
- Nikisch: Arbeitsrecht, 1. Bd.: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage 1961; 2. Bd.: Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2. Auflage 1959 (zitiert: Nikisch I, II)
- Anmerkung zu BAG bei AP Nr. 11 zu § 5 TVG
- Nicklisch, Fritz: Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte, Bielefeld 1965 (zitiert: Nicklisch, Bindung usw.)
- Nipperdey: in: Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Auflage 1959 (zitiert: Enneccerus-Nipperdey)
- in: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts. 2. Bd., 3./5. Auflage 1932
- in: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Bd., 6. Auflage 1957 (zitiert: Hueck-Nipperdey, Lehrb. II)

- Nipperdey und Heussner: Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt; Jubiläumsschrift zum 100jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgewalt 1963. Band I, S. 211 (zitiert: Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw.)
- Obermayer: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart-München-Hannover 1956
- Das Verwaltensermessen der Verwaltungsbehörden, in: NJW 1963, S. 1177
- Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949 (zitiert: Peters, Lehrb.)
- Peters-Sautter-Wolff: Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, Loseblatt-Kommentar, Stand: Juni 1966
- Quaritzsch: Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, in: VerWA Bd. 51 (1960), S. 210
- Rasch, E.: Die Behörde. Begriff - Rechtsnatur - Errichtung, in: VerWA Bd. 50 (1959), S. 1
- Redeker: Die notwendige Beiladung im Aussetzungsverfahren, in: DVBl. 1954, S. 419
- Anmerkung zu BGH vom 7. 11. 1961 - II ZR 47/61 - in: DVBl. 1962, S. 220
- Redeker-v.Oertzen: Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage 1965 (zitiert: Redeker-v.Oertzen)
- Reuss, Hermann: Das Ermessen. Versuch einer Begriffs-erklärung, in: DVBl. 1953, S. 585
- Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff (Referat, gehalten auf der 6. Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten), in: Sonderdruck aus der Staatszeitung für Rheinland-Pfalz, S. 16 (zitiert: Reuss, Sonderdruck)

- Reuss, Hermann: Anmerkung zu VGH Stuttgart vom 18.1.1953
- 3 K 335/52 - in: DÖV 1954, S. 55
- Anmerkung zu BVerwG vom 10. 3. 1954
- I C 5/53 - (= E 1, 92), in: DÖV
1954, S. 535
- Entgegnung zu Schütz in DÖV 1954,
S. 556, in: DÖV 1954, S. 557
- Ringer: Zehn Jahre Allgemeinverbindlicherklärung
von Tarifverträgen, in: AuR 1959,
S. 289
- Romberg: Allgemeinverbindlichkeitserklärung
von Tarifverträgen und Grundgesetz,
in: AöR Bd. 77, S. 110
- Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-
rechts, 9. Auflage 1961 (zitiert:
Rosenberg)
- Scheerbath: Ist im Verwaltungsrecht die Hermeneutik
auf Abwegen?, in: DVBl. 1960, S. 185
- Schindler: Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermes-
sen? Eine Entgegnung, in: MDR 1954,
S. 331
- Schmidt-Rimpler, Gieseke, Friesenhahn, Knur: Die Lohn-
gleichheit von Männern und Frauen. .
Zur Frage der unmittelbaren Einwirkung
des Art. 3 Abs. 2 und 3 des Grundge-
setzes auf Arbeits- und Tarifverträge,
in: AöR Bd. 76, S. 165
- Schnorr v. Carolsfeld: Arbeitsrecht, 2. Auflage 1954
(zitiert: Schnorr v. Carolsfeld)
- Schnorr, Gerhard: Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie,
in: JR 1966, S. 327
- in: Arbeitsrecht - Blattei für die
Arbeitsrechtspraxis, herausgegeben
von Sitzler. Zu: Verwaltungsgerichts-
barkeit I
- Schuegraf: Der mehrstufige Verwaltungsakt, in:
NJW 1966, S. 177
- Anmerkung zu BVerwG vom 19. 11. 1965
- IV C 184/65 - in: NJW 1966, S. 900
- Schunck-De Clerck: Verwaltungsgerichtsordnung mit ergän-
zenden Bundesgesetzen und den Ausführ-
ungsgesetzen der Länder, Siegburg
1961 (zitiert: Schunck-De Clerck)

- Schütz, Erwin: Der unbestimmte Rechtsbegriff, in: DÖV 1954, S. 556
- Schwab, Karl Heinz: Der Suspensiveffekt von Klagen und Rechtsmitteln im sozialgerichtlichen Verfahren, in: Recht im Wandel; Festschrift zum 150jährigen Bestehen des Carl Heymanns Verlags, 1965
- Siegmund-Schulze: Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, in: DVBl. 1963, S. 745
- Sitzler: in: Arbeitsrecht - Blattei für die Arbeitsrechtspraxis. Zu: Tarifvertrag, X, Allgemeinverbindlichkeit
- Spanner, Hans: Wieder einmal: Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: DÖV 1965, S. 154
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, Allgemeiner Teil. 11. Auflage 1957, bearbeitet von Brändl und Coing (zitiert: Staudinger-Coing)
- Stein-Jonas-Schönke-Fohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 17. Auflage 1956 (Stand der 18. Auflage) (zitiert: Stein-Jonas)
- Stern, Klaus: Ermessen und unzulässige Ermessensausübung. Eine Analyse der subjektiven und objektiven Elemente, Berlin 1964 (zitiert: Ermessen usw.)
- Thieme, Werner: Evidenz und Nichtigkeit, in: DÖV 1962, S. 686
- Entgegnung zu: Quidde: Zur Evidenz der Fehlerhartigkeit, in: DÖV 1963, S. 341
- Tophoven: Anmerkung zu BVerwGE 7, 82 bei AP Nr. 6 zu § 5 TVG
- Anmerkung zu ArbG Krefeld bei AP Nr. 1 zu § 5 TVG - Änderung
- Turegg-Kraus: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage 1962 (zitiert: Turegg-Kraus)
- Ule: Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Auflage 1962 (zitiert: Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit)

- Ule: Verwaltungsprozeßrecht. Ein Studienbuch, 3. Auflage 1963 (zitiert: Ule, Verwaltungsprozeßrecht)
- Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel, in: Recht - Staat - Wirtschaft, Bd. III, Düsseldorf 1951, S. 260
- Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 309
- Verwaltungsgerichte überstaatlicher und internationaler Organisationen, in: DVBl. 1953, S. 491
- Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff (Referat, gehalten auf der 6. Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten), in: Sonderdruck aus der Staatszeitung für Rheinland-Pfalz, S. 22 (zitiert: Ule, Sonderdruck)
- Anmerkung zu BayerVerwGH vom 18.2.1955 - Nr. 17 IV/54 - in: DVBl. 1955, S.257
- Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949 (1951). Stenographische Berichte, Bd. 9 und Anlagen dazu (Drucksachen 2301 - 2500, 12. Teil)
- Volkmar: Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, Berlin 1962
- Warnke: Entwicklung und Gestaltung des Rechtsschutzes im deutschen Verwaltungsprozeß im Hinblick auf die Lehre vom Streitgegenstand, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für H. Lehmann, Bd. II, 1956, S. 869
- Wieczorek: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze. Berlin 1957 (zitiert: Wieczorek)
- Witten: Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs und die Praktikabilität des Grundgesetzes, in: NJW 1961, S. 753
- Witting: Das "öffentliche Interesse" bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: BARbBl. 1950, S. 227

- Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch.
6. Auflage 1965 (zitiert: Wolff,
StuB I)
- Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und
Leistungsrecht, Verfahrens- und Pro-
zeßrecht. Ein Studienbuch, München-
Berlin 1966 (zitiert: Wolff, StuB III)
- Der Abwendungsanspruch aus öffentli-
chen Reflexrechten, insbesondere im
Fürsorgerecht, in: Festschrift zur
Feier des 25jährigen Bestehens der
Westfälischen Verwaltungsakademie in
Münster und Verwaltungs- und Wirt-
schaftsakademie Industriebezirk Sitz
Bochum, 1950, S. 119 (zitiert: Wolff,
Festschrift Verwaltungsakademie)

§ 1: Einleitung

Die vorliegende Untersuchung über die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach dem Tarifvertragsgesetz (AVE) ¹⁾ soll vornehmlich verstanden werden als Beitrag zur Durchforschung des größeren Problemkreises, der sich um die Rechtsnatur der AVE ringt.

Der Meinungsstreit um die Rechtsnatur der AVE ist so alt wie diese selbst ²⁾. Er hat den Ablauf der Zeit ebenso überdauert wie den Wandel der Staatsordnungen. Das kommt nicht von ungefähr. Es kennzeichnet die Beharrlichkeit der Anstrengungen, eine Lösung des Problems zu finden, und es verrät zugleich etwas von der Unzufriedenheit mit dem jeweils Gefundenen, aber auch von der Komplexität des Objektes ³⁾.

Jeder Lösungsversuch begegnet besonderen Anforderungen, denen er Rechnung tragen muß. Denn der Gegenstand seiner Bemühungen

-
- 1) Vom 9.4.1949 (WiGBI. 1949, S. 55) i.d.F. des Bundesgesetzes v. 11.1.1952 (BGBl. I, S. 19); auf das Saarland erstreckt durch Gesetz vom 23.3.53 (BGBl. I, S. 156). In Berlin gilt ein besonderes Tarifvertragsgesetz v. 12.9.1950 (VOBl. S. 417). Auf etwaige Unterschiedlichkeiten wird jeweils im sachlichen Zusammenhang eingegangen. -
 - 2) also mehr als 45 Jahre, wenn man davon absieht, daß es die AVE zwischen 1933 und 1949 nicht gegeben hat. - Eingeführt wurde dieses Institut zuerst durch die Tarifvertragsverordnung vom 23.12.1918, bestätigt durch Reichsgesetz vom 4.3.1919 (RGBl. S. 285). -
 - 3) Auch die höchstrichterliche Entscheidung des BVerwG in E 7, 82 = AP Nr. 6 zu § 5 TVG, wonach die AVE als RechtsVO zu qualifizieren ist, hat lediglich zu vorübergehender Beruhigung beigetragen, die Meinungsverschiedenheiten aber nicht auszuräumen vermocht. Dies klang schon an in BAG E 7, 106 (117) und ist deutlich geworden mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 3.2.1965, abgedruckt u.a. in NJW 65, S. 1624 ff. = AP Nr. 12 zu § 5 TVG mit Anm. von A. Hueck, im Anschluß an Nipperdey u. Heussner, Die Rechtsnatur der AVE von Tarifverträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd 1, S. 211 ff.; gegen diese andererseits vor allem Bettermann, Rechtssetzungsakt, Rechtssatz und Verwaltungsakt, in: Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag, S. 723 ff. Vgl. auch Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 248.

weist die Eigenart auf, daß er - jedenfalls in den Auswirkungen - in mehrere Rechtsbereiche übergreift. So haben bei der AVE Arbeitsrecht und Verwaltungsrecht gleichermaßen Anteil; sie weist Verflechtungen des öffentlichen und des Privatrechts auf. Es bedarf keiner Erläuterung, daß damit eine Fülle der Gesichtspunkte gewährleistet wird, von denen aus das Wesen und die Rechtsnatur der AVE betrachtet werden kann.

Die Geschichte der Versuche, die Rechtsnatur der AVE zu erklären, ist hier nicht im einzelnen darzustellen⁴⁾. Überschaubar man sie aber, so wird man sehr schnell gewahr, daß sich die Auseinandersetzungen um die AVE nicht etwa aus Freude an der dogmatischen Problemlösung entzündet haben, sondern daß dem sehr reale und gewichtige praktische Fragen zugrundelagen. Das verdeutlicht der folgende Überblick.

§ 2: Geschichtlicher Überblick

I. Unter der Herrschaft der alten Tarifvertragsordnung (TVO)⁵⁾ war Ausgangspunkt des Meinungsstreites vor allem die Frage, welchen Einfluß die Beendigung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages auf den rechtlichen Bestand und somit auf die Wirksamkeit der AVE haben sollte⁶⁾.

4) Es kann insoweit verwiesen werden auf die Darstellungen bei Hueck-Nipperdey, Lb. II, 3. - 5. Aufl. 1932, S. 303 ff.; 6. Aufl. 1957, S. 468 ff.; Nikisch, II, S. 492 ff.; Lieb, Die Rechtsnatur der AVE von Tarifverträgen als Problem des Geltungsbereichs autonomer Rechtsetzung, S. 4 ff.; Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 211 ff.

5) Vom 23. 12. 1918 i.d.F. vom 1. 3. 1928 (RGBl. I, S. 47); vgl. auch S. 1 Fußn. 2.

6) § 2 TVO lautete: (I) "Der Reichsarbeitsminister kann Tarifverträge, die für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen des Berufskreises in dem Tarifgebiet überwiegende Bedeutung erlangt haben, für allgemein verbindlich erklären. Sie sind dann innerhalb ihres räumlichen Geltungsbereiches für Arbeitsverträge, die nach der Art der Arbeit unter den Tarifvertrag fallen, auch dann verbindlich i.S. des § 1, wenn der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer oder beide an dem Tarif-

Da hierüber keine ausdrückliche Regelung bestand, glaubte man, diese Lücke aus der Rechtsnatur der AVE schließen zu sollen.

Zuerst bildete sich jene Auffassung heraus, die in der AVE eine Rechtsverordnung (VO), also ein materielles staatliches Gesetz sah (Gesetzestheorie). Mit der AVE sollten die Tarifnormen nicht nur für die Tarifaußenseiter, sondern auch für die bisher schon Tarifgebundenen (Organisierten) als staatlich gesetztes Recht gelten, das vom Schicksal des Tarifvertrages nicht mehr berührt werden konnte ⁷⁾. Eine modifizierte Theorie schwächte dahin ab, daß die AVE als VO zwar Geltungsgrund der Tarifnormen sein sollte, dies aber nur für die Außenseiter, nicht hingegen für die Angehörigen der Tarifvertragsparteien ⁸⁾. Die Beendigung des Tarifvertrages mußte dementsprechend zu einem unterschiedlichen Rechtszustand für Organisierte einerseits und Außenseiter andererseits führen.

Im Gegensatz dazu betonte die sogenannte Vertragstheorie ⁹⁾ die Präponderanz des Tarifvertrages. Die Tarifnormen sollten hiernach - mit und ohne Allgemeinverbindlichkeit - allein auf dem Tarifvertrag beruhen; der AVE kam demgegenüber als Mittel zur Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereiches des Tarifvertrages nur akzessorische oder Hilfsfunktion zu. Demgemäß mußte mit Wegfall des Tarifvertrages die Grundlage der AVE und somit diese selbst entfallen. Solche Abhängigkeit der AVE vom Tarifvertrag und damit vom Schicksal eines privaten Rechtsgeschäftes widerstrebe, so wurde zumeist gefolgert, der Möglichkeit, in der AVE einen staatlichen Rechtsetzungsakt zu

verträge nicht beteiligt sind." - Vgl. demgegenüber jetzt § 5 TVG, zumal Abs. V Satz 3: "... Im übrigen endet die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages mit dessen Ablauf."

- 7) Vgl. Jacobi, Grundlehren, S. 99 f.; Lieb, a.a.O., S. 5 f.
8) Vgl. die bei Lieb, a.a.O., S. 7 Fußn. 19 sowie Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 213 Fußn. 13 Genannten. - Hier können die einzelnen Lehren jeweils nur andeutungsweise wiedergegeben werden.
9) Zu ihren Hauptvertretern gehörte Nipperdey. Vgl. Hueck-Nipperdey, Lb. II, 3. - 5. Aufl., a.a.O.; Lieb, a.a.O., Fußn. 15.

sehen. Allerdings ist diese letztere Folgerung innerhalb der Vertragstheorie selbst angezweifelt worden ¹⁰⁾, womit sich die Erkenntnis abzuzeichnen schien, daß die Grundsätze der Vertragstheorie nicht begriffsnotwendig der Qualifikation der AVE als VO widersprachen.

Doch brach die Entwicklung der Streitfrage an dieser Stelle im wesentlichen ab; denn die TVO wurde durch § 65 Ziff. 6 des nationalsozialistischen Gesetzes "zur Ordnung der nationalen Arbeit" vom 20.1.1934 ¹¹⁾ aufgehoben und damit auch das Institut der AVE beseitigt. Sie konnte erst nach Inkrafttreten des TVG wieder entstehen.

Ihrer früheren praktischen Bedeutung war durch die Regelung des § 5 Abs. V TVG über die Beendigung der AVE mit Ablauf des Tarifvertrages ¹²⁾ der Boden entzogen ¹³⁾.

II. 1. Die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel zwang zu neuer Auseinandersetzung mit dem Problem der Rechtsnatur der AVE. Denn die Frage, ob und in welcher Weise sich der Bürger gegen Akte der staatlichen Gewalt wehren kann und auf welchem Wege die Rechtmäßigkeit eines Hoheitsaktes nachzuprüfen ist, ist sehr verschieden zu beantworten, je nachdem, ob man ihn als Rechtsnorm oder als Verwaltungsakt qualifiziert ¹⁴⁾: Die Rechtmäßigkeit einer Rechtsnorm kann - von den

10) Vgl. Neumann, NZfA 1930, Sp. 681 ff.; Lieb, a.a.O., S. 7

11) RGBl. I, S. 45; seinerseits aufgehoben mit Wirkung vom 1.1.1947 durch das Gesetz des Alliierten Kontrollrates vom 30.11.1946, ABl. des Kontrollrates 1946, S. 229

12) Vgl. oben S. 2 Fußn. 6

13) Durch diese Regelung wurde allerdings die Zweckmäßigkeit der Vertragstheorie anerkannt. Es wäre aber nicht stichhaltig, daraus auch auf eine gesetzliche Bestätigung aller von ihr aufgestellten Folgerungen zu schließen; so z.B. Hueck-Nipperdey, Lb. II, S. 471 Fußn. 10; Dersch, RdA 52, S. 447; Bogs, RdA 56, S. 4 f.; Klein, Übertragung rechtsetzender Gewalt, S. 113 f.; Schmidt-Rimpler u.a., AÖR Bd. 76, S. 181; kritisch hierzu Maus, TVG, § 5 Rdnr. 92; Lieb, a.a.O., S. 9; zutreffend insoweit auch Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 46

14) Lieb, a.a.O., S. 9 f.; Gross, NJW 65, S. 284; vgl. auch Bettermann, RdA 59, S. 245 ff.; Herschel, RdA 59, S. 361 ff. Gumpert, BB 59, S. 271 ff. - Daß es sich bei der AVE um einen staatlichen Hoheitsakt handelt, dürfte unstreitig sein.

begrenzten Möglichkeiten der abstrakten Normenkontrolle abgesehen ¹⁵⁾ - von den Gerichten nur inzidenter, als Vorfrage, beurteilt und entschieden werden ¹⁶⁾, allerdings ohne besondere zeitliche Begrenzung; Rechtswidrigkeit bedeutet hier regelmäßig Ungültigkeit. Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes ist auf - fristgebundene - Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage als Hauptfrage von den Verwaltungsgerichten in einem genau und ausführlich geregelten Verfahren zu überprüfen. Nichtigkeit tritt nur in Fällen besonderer Fehlerhaftigkeit ein. Der fehlerhafte, aber gültige Verwaltungsakt behält Bestand, wenn und soweit er nicht besonders aufgehoben wird.

So standen sich denn auch nach Inkrafttreten des TVG - im großen und ganzen gesehen - zunächst zwei Lehren gegenüber. Man kennzeichnet sie aus Gründen begrifflicher Klarheit und zur Vermeidung von irreführenden Assoziationen mit früheren Theorien als Verwaltungsakttheorie einerseits und als Normtheorie andererseits. In jüngster Zeit hat sich eine weitere Lehre zugesellt; sie soll im folgenden als Lehre von der Doppelnatur geführt werden.

2. a) Die Verwaltungsakttheorie verleugnet nicht ihre Herkunft von der vormaligen Vertragstheorie, die sie allerdings weiter entwickelt. Sie kommt dabei wie jene zu dem Ergebnis, daß Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit Verwaltungsakte seien ¹⁷⁾. Die hierbei beschrittenen Wege sind allerdings verschieden, was nicht ohne Bedeutung für die praktischen, insbesondere die verfahrensrechtlichen Folgerungen bleibt.

15) Vgl. § 13 Ziff. 6, §§ 76 ff. BVerfGG sowie die entsprechenden Bestimmungen der Länder; zu § 47 VwGO im besonderen Falle der AVE vgl. Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 739 f.; vgl. auch RdA 59, 247

16) wenn und soweit nicht eine Vorlegungspflicht gemäß Art. 100 I GG gegeben ist.

17) Die hauptsächlichlichen Anhänger dieser Lehre sind angeführt vom OVG Berlin in AP Nr. 3 zu § 5 TVG sowie bei Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 214 Fußn. 17; vgl. auch die Lehrbücher zum kollektiven Arbeitsrecht

Nach bis vor kurzem vorherrschender Betrachtungsweise soll der Verwaltungsakt der AVE - jedenfalls auch - an die Tarifaußensteuer gerichtet sein; er wird insoweit als sogenannte Allgemeinverfügung verstanden ¹⁸⁾.

Zu einer davon abweichenden Konsequenz führt eine Auffassung, welche die AVE in einen engen Zusammenhang mit der "sozialen Autonomie" der Tarifpartner stellt. Dies geschieht entweder derart, daß die AVE als Bestätigungsakt einer, bereits zufolge der Regelung durch das TVG bestehenden "erweiterten", d.h. sich auch auf die Tarifaußensteuer erstreckenden, Autonomie konstruiert wird ¹⁹⁾, oder man sieht in ihr eine erst nachträgliche Verleihung (Konzession) dieser personal erweiterten Rechtsetzungsbefugnis ²⁰⁾. Bei diesen beiden letztgenannten Lösungsversuchen soll sich der Verwaltungsakt der AVE nicht an die Tarifaußensteuer, sondern - nur - an die Tarifvertragsparteien wenden ²¹⁾.

b) Auch von der *N o r m t h e o r i e* wird nicht in Frage gestellt, daß es nach AVE die privatrechtlichen Tarifvertragsnormen sind und bleiben, welche unterschiedslos für Angehörige der Tarifpartner wie für Tarifaußensteuer gelten. Sie lehrt indessen, daß die AVE selbst ebenfalls nur Rechtsnorm sein könne, und zwar im Gegensatz zu den Tarifnormen staatlich gesetztes Recht. Bei der Begründung wird das Gewicht entweder darauf gelegt, daß die Erweiterung des personalen Geltungsbereiches einer Rechtsnorm selbst nur normativ erfolgen könne ²²⁾

18) So OVG Berlin, a.a.O.; vgl. ferner Hueck-Nipperdey, Lb. II, S. 497 Fußn. 17; dieselben, Grundriß (2. Aufl.), S. 231, 235 (vgl. aber jetzt 3. Aufl., S. 248 ff.); Maus, a.a.O., RdNr. 100; Gumpert, BB 54, S. 261; Hessel, BB 56, S. 791; v. Köhler, DVBl. 56, S. 713; Auffahrt, BARbBl. 57, S. 758; Häußner, AR-Blattei, VerwGerichtsbarkeit I K; zweifelnd Tophoven, Anm. zu AP Nr. 6 zu § 5 TVG.

19) Bogs, Festschrift J. v. Gierke, S. 39 ff. (50 ff.); derselbe RdA 56, S. 1 ff.; ähnlich wohl auch Galperin, Festschrift Molitor, S. 159

20) Herschel, Festschrift Bogs, S. 126 ff.; derselbe, RdA 59, S. 361 (365 f.); derselbe, AuR 66, S. 193 (196 unter III 3

21) Insoweit übereinstimmend Huber, II, S. 450

22) So BVerwGE 7, 82 (86) = AP Nr. 6 zu § 5 TVG; Bettermann, RdA 59, S. 253 ff., zumal S. 254 f.; Hildegard Krüger, RdA 57, S. 46 ff.; Spanner, DÖV 65, S. 154 ff., zumal S. 157

oder daß jedenfalls die AVE eine an die Tarifaußenseiter gerichtete abstrakte und generelle Regelung beinhalte, derzufolge die Tarifnormen auch für die Arbeitsverhältnisse der Tarifaußenseiter maßgebend sein sollen ²³⁾. Damit seien begrifflich die Merkmale einer Rechtsnorm erfüllt ²⁴⁾.

Eine Weiterentwicklung und Differenzierung hat diese Lehre neuerdings durch B e t t e r m a n n erfahren ²⁵⁾. Anknüpfend an den Lösungsversuch des Qualifikationsproblems von N i p p e r d e y und H e u s s n e r ²⁶⁾, auf den noch zurückzukommen sein wird, geht B e t t e r m a n n von der Erkenntnis aus, daß zwischen Rechtssatz, Rechtssetzungsakt und Verwaltungsakt (als Rechtsanwendungsakt) unterschieden werden müsse. Indem die AVE Tarifnormen auf die Außenseiter ausdehne und für allgemeinverbindlich erkläre, die Aufhebung der Allgemeinverbindlicherklärung diese Allgemeinverbindlichkeit wieder beseitige, handele es sich um Rechtssetzungsakte und zugleich Rechtssätze ²⁷⁾. Beides seien nicht Verwaltungsakte und könnten verwaltungsgerichtlicher Prinzipalkontrolle - wenn überhaupt - nur im Rahmen des § 47 VwGO zugänglich sein ²⁸⁾. Nicht Rechtssatz, nur - negativer - Rechtssetzungsakt sei hingegen die behördliche Ablehnung von Anträgen auf Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit ²⁹⁾; obwohl ebenfalls nicht Verwaltungsakt, könne gegen sie auf dem Verwaltungsrechtswege vorgegangen werden ³⁰⁾.

c) Die Lehre von der D o p p e l n a t u r erkennt, darin im Ergebnis zwischen den beiden vorerwähnten Auffassungen stehend, Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit

23) Lieb, a.a.O., zumal S. 76 ff.; Bettermann, a.a.O.; Bötticher, BB 65, S. 1078, Fußn. 4; S. 1080

24) Volkmar, Rechtssatz und Einzelakt, S. 200 ff. (202 f.)

25) Rechtssetzungsakt, Rechtssatz und Verwaltungsakt, in: Festschrift für Nipperdey, 1965, S. 723

26) Die Rechtsnatur der AVE von Tarifverträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. I, S. 211 ff.

27) Bettermann, a.a.O., S. 736 ff.

28) a.a.O., S. 739 f.

29) a.a.O., S. 738

30) a.a.O., S. 739

eine rechtliche Doppelnatur zu³¹⁾. Einen innerhalb der Verwaltungsakttheorie entwickelten Gedanken³²⁾ aufgreifend, versteht sie die AVE als staatliche Zustimmung zu einer bereits vorhandenen autonomen Rechtssetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien gegenüber den Außenseitern³³⁾. Darin soll im Verhältnis zu den Außenseitern ein unselbständiger Mitwirkungsakt bei autonomer Rechtsetzung (Rechtsetzungsakt), im Verhältnis zu den Tarifvertragsparteien ein an sie gerichteter anfechtbarer Verwaltungsakt liegen³⁴⁾. Diese Theorie, die freilich auch nicht ohne Widerspruch geblieben ist³⁵⁾, hat erhebliche praktische Bedeutung gewonnen, seitdem sie sich zu einem wesentlichen Teil durch die Autorität des Bundesarbeitsgerichts bestätigt sah; denn dieses hat entschieden³⁶⁾, daß die AVE jedenfalls im Verhältnis zu den Außenseitern Normsetzungsakt ist; allerdings hat es (ausdrücklich) offengelassen, ob die AVE gegenüber den Tarifvertragsparteien einen Verwaltungsakt darstellt³⁷⁾. Die Gedankengänge im einzelnen sind hier nicht zu verfolgen; soweit erforderlich, wird darauf zurückzukommen sein.

31) Nipperdey u. Heussner, a.a.O.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5, Rdnr. 48 ff.; Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 248 ff. (unter Abweichung von den Voraufgaben). Leider vermißt man bei den Vertretern dieser Lehre jegliche Auseinandersetzung mit den offenbar unbekannt gebliebenen Thesen Liebs (vgl. seine Arbeit über die Rechtsnatur der AVE als Problem des Geltungsbereichs autonomer Rechtsetzung, oben S. 2 Fußn. 4).

32) Vgl. oben S. 7 und Fußn. 19, 20 daselbst

33) Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 221 ff.

34) Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 225 ff.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 49; Hueck-Nipperdey, Grundriß, a.a.O. - Anzumerken ist, daß das BVerwG eine derartige Doppelnatur der Zustimmung des Arbeitsministers zur bindenden Festsetzung von Arbeitsbedingungen seitens des Heimarbeitsausschusses gem. § 19 des Heimarbeitsgesetzes vom 14. 3. 51 (BGBl. I, S. 191) zuzuerkennen zu wollen scheint; vgl. E 6, 213 ff. = NJW 58, S. 1939; E 16, 83(86); Bachof, JZ 66, S. 511 f. (Nr. 296). Es hatte allerdings schon in E 6, 213 ausdrücklich betont, daß und aus welchen Gründen die AVE hiermit nicht zu vergleichen sei.

35) Vgl. Bettermann, Rechtsetzungsakt usw., S. 723 ff.; Gross, NJW 65, S. 283 f.; Spanner, DÖV 65, S. 154 ff.

36) Urteil v. 3. 2. 1965 - 4 AZR 385/63, abgedruckt u.a. in NJW 65, S. 1624 ff. = AP Nr. 12 zu § 5 TVG.

37) Kritisch dazu A. Hueck in Anm. zu AP a.a.O.

§ 3: Problemstellung

Die Eigenart der vorliegenden Untersuchung als Beitrag zum Qualifikationsproblem macht eine methodische Vorbemerkung notwendig.

I. Es wurde eingangs erwähnt³⁸⁾, daß nicht zuletzt die Fülle der möglichen Gesichtspunkte kennzeichnend und konstituierend für das Qualifikationsproblem bei der AVE ist. Diese Feststellung vermittelt die Einsicht, daß die Problematik - jedenfalls vorerst noch - auf einmal nicht zu bewältigen ist; auf einmal, das heißt: allen Gesichtspunkten genügend. So wünschenswert eine Gesamtschau letztlich erscheinen muß, so nahe liegt noch die Gefahr, dem Nachteil der Vordergründigkeit zu erliegen. Sie ist bei der AVE besonders groß, wie die Geschichte der Lösungsversuche zuweilen erkennen läßt.

Es liegt daher nahe, das Problem durch Einzeluntersuchungen seiner einzelnen Aspekte anzugehen. Eine solche Einzeluntersuchung ist hier beabsichtigt.

II. Ihre Grenzen ergeben sich in zweierlei Hinsicht.

1. Zunächst insofern, als die rechtliche Qualifizierung der AVE als Rechtsschutzproblem betrachtet wird. Das Anliegen ist, die AVF nur als Gegenstand richterlicher Kontrolle zu untersuchen. Damit wird der Sache nach keineswegs Neuland betreten, wohl aber methodisch. Denn gerade in neuerer Zeit wurde selten verfehlt, bei der Behandlung des Qualifikationsproblems auch auf die Konsequenzen dieser oder jener Lösung für den Rechtsschutz hinzuweisen. Das ist verständlich und vor allem deswegen einleuchtend, weil - wie erwähnt - die Gesichtspunkte des Rechtsschutzes und der gerichtlichen Rechtskontrolle nach Einführung der Generalklausel - gipfelnd im Grundsatz des Art. 19 Abs. IV GG - hauptursächlich für das Wiederaufleben der Diskussion waren und es auch geblieben sind. Bemerkenswert ist indessen, daß diese Gesichtspunkte nunmehr zugleich in die Lösungsversuche des Qualifikationsproblems

38) s. oben S.

selbst methodisch einbezogen wurden ³⁹⁾. Man begnügte sich nicht mit begrifflich-dogmatischer Deduktion anhand überkommener Kategorien, sondern bemühte sich, auch Rücksicht auf die praktischen Auswirkungen des gefundenen Ergebnisses zu nehmen ⁴⁰⁾. Es kann deshalb von einer teils dogmatischen, teils teleologischen Betrachtungs- und Arbeitsweise gesprochen werden, wie sie häufiger bevorzugt wird ⁴¹⁾.

Ob eine derartige "Zweigleisigkeit" im vorliegenden Falle fruchtbar ist und weiterführt, ist schon deswegen fragwürdig, weil zumeist beide Wege nicht in gleicher Weise und Intensität durchmessen werden können. Darüber hinaus aber bestehen methodische Bedenken. Denn hier werden, genau besehen, zwei Bereiche zugleich beschritten, die methodisch in verschiedener Weise bedeutungsvoll sind.

Die rein begrifflich-dogmatische Untersuchung der Rechtsnatur einer AVE geht von der gesetzlichen Regelung aus. Ihre Aufgabe ist es, diese anhand der derzeitigen rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse und Kategorien zu analysieren und das darzustellen, was sich aus dem gegenwärtigen Rechtszustand ergibt - ob dies nach den Auswirkungen wünschenswert ist oder nicht ⁴²⁾. Die Prüfung dieser Auswirkungen der dogmatisch erarbeiteten Resultate ist ein weiterer Schritt, der jenen voraussetzt ⁴³⁾. Ein solches Unternehmen kann indessen nicht dazu führen, auf das zurückzufolgern, was ist, sondern allenfalls auf das, was sein sollte ⁴⁴⁾, wenn sich auch dem Betrachter

39) Vgl. z.B. BVerwGE 7, 82 (86 f.) mit Anm. von Tophoven bei AP Nr. 6 zu § 5 TVG; Gumpert, BB 54, S. 261 ff.; derselbe, BB 59, S. 271 ff.; Herschel, RdA 59, S. 361 ff.; Bettermann, RdA 59, S. 245 ff.; derselbe, Rechtssetzungsakt usw., a.a.O., S. 729 ff., 739 ff.; Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 228 ff.; VGH Kassel, NJW 66, S. 1624 f. m. krit. Anmerkung von Hohenester, NJW 66, S. 2078 f.

40) Kritisch dazu Spanner, DÖV 65, S. 155 unter I.

41) Man denke im Bereich des Verwaltungsaktes an die Lehre vom Verwaltungsakt, zumal vom fehlerhaften Verwaltungsakt.

42) Das geschieht z.B. bei Lieb, a.a.O.; vgl. auch seine Bemerkung, S. 10 f.

43) Lieb, a.a.O., spricht hier von einer "sekundären" Frage.

44) so zutreffend Lieb, a.a.O., S. 11; Herschel, a.a.O., S. 362 unter II a

die Bedeutung der dogmatisch-begrifflich gefundenen Ergebnisse erst ganz aus der Kenntnis der jeweiligen praktischen, d. h. der sachlich-rechtlichen und - vor allem - der prozeß-rechtlichen Konsequenzen erschließt⁴⁵⁾. Diese Feststellung ändert jedoch nichts daran, daß die rein begrifflich-dogmatische Untersuchung schon durch ihren Ausgangspunkt - die gegebene positiv-rechtliche Regelung - vornehmlich auf das *B e s t e h e n d e* gerichtet ist und ihrerseits erst die Grundlage für eine Prüfung der praktischen Folgerungen bildet, während diese letztere ihren Sinn und Zweck über die objektive Darstellung hinaus vor allem aus den Erkenntnissen und Lehren für eine etwaige *z u k ü n f t i g e* Regelung (de lege ferenda) empfängt. Nicht nur die Methoden, auch die Akzente sind jeweils verschieden. Immerhin ergibt sich aus dieser Gegenüberstellung zugleich die Notwendigkeit *b e i - d e r* Untersuchungen, die ihren wahren Wert, nämlich als Vorarbeit zu praktischer Rechtsverwirklichung und Rechtssetzung, erst im Zusammenklang erreichen.

2. Eine weitere thematische Beschränkung erfährt sie durch den Ausgangspunkt. Es wird nämlich angenommen, Ausspruch, Aufhebung und Ablehnung des Ausspruches oder der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit seien - jedenfalls auch - anfechtbare Verwaltungsakte. Beleuchtet werden die Auswirkungen dieser rechtlichen Qualifikation im Verwaltungsprozeß. Die Untersuchung umfaßt somit nicht die Darstellung der prozessualen Konsequenzen, die sich ergeben, wenn und soweit Ausspruch, Aufhe-

45) Allein in diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn Bettermann seine Ausführungen in RdA 59, S. 245 unter A mit den Worten beginnen läßt: "Bevor man an die Beantwortung geht, tut man gut, ihre praktische Bedeutung sich vor Augen zu führen", und danach entsprechend verfährt. Die auch von Lieb, a.a.O., S. 11 Fußn. 9 angezogene Kritik Herschels in RdA 59, S. 361 f. geht mithin fehl. Wenn Herschel es für "methodisch bedenklich" hält, sich zunächst die praktische Bedeutung eines wissenschaftlichen Meinungsstreites vor Augen zu führen, ehe man selbst dazu Stellung nimmt, so kann ihm darin in dieser Allgemeinheit kaum gefolgt werden.

bung und Ablehnung von Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit als Rechtsnorm qualifiziert werden. Diese erfordert nach Umfang und Bedeutung gesonderte Bearbeitung.

Zu den Eigenarten dieser Arbeit gehört infolgedessen, daß sie zu dem theoretischen Streit nicht selbst Stellung bezieht. Sie setzt da ein, wo die rein dogmatische Erörterung aufgehört hat. Es soll mithin nicht entschieden werden, ob die AVE richtigerweise als Verwaltungsakt oder als Rechtsnorm oder gar als beides zu qualifizieren ist⁴⁶⁾.

III. Die Arbeit setzt sich damit, wie nicht zu übersehen ist, thematisch wie methodisch verschiedenen Einwänden aus.

Als Einzeluntersuchung eines Teilkomplexes teilt sie dabei die Kritik, die sich jedes derartige Unternehmen gefallen lassen muß. In diesem Fall kann demgegenüber nur auf die Ausführungen oben zu II 1 verwiesen werden.

Gewichtiger erscheint der Einwand, daß von einer Hypothese ausgegangen wird, nämlich von der keineswegs gesicherten

46) Diese Möglichkeiten kommen derzeit allein in Frage. Wenn Herschel, RdA 59, S. 362 unter II 1 bemängelt, daß Bettermann, RdA 59, a.a.O., sich nicht zur Auffassung Schnorr von Carolsfelds in dessen Lehrbuch, S. 70, über die AVE als gerichtsfreier Hoheitsakt geäußert hat, so dürfte Herschel hier ein Mißverständnis des von ihm zitierten Autors unterlaufen sein, hervorgerufen durch die untechnische Verwendung jenes Begriffes. Denn was Schnorr v. Carolsfeld, a.a.O., als gerichtsfrei bezeichnet, wird allgemein als Ausschluß gerichtlicher Ermessenskontrolle verstanden: "... das hier maßgebende Ermessen kann jedoch von den Verwaltungsgerichten nicht bloß hinsichtlich seines Inhalts, sondern auch hinsichtlich der Frage nicht überprüft werden, ob der Minister hiervon richtig Gebrauch gemacht hat. Denn es liegt ein Regierungsakt vor, der zu den 'gerichtsfreien Hoheitsakten' gehört." (S. 71 unter VII 2 a a.E.). Ganz klar wird dies schon vorher gesagt: "Sie (die AVE) ist ein Verwaltungsakt, dessen Rechtmäßigkeit der Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte unterliegt." - Mißverstanden ist Schnorr von Carolsfeld daher offenbar auch von Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 234.

Feststellung, daß die AVE (auch) Verwaltungsakt sei. Die Untersuchung stehe damit auf tönernen Füßen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß im Bereich dieses Quqlifikationsproblems vorläufig noch wenig feststeht, daß gesicherte, d. h. allgemeingültige Erkenntnisse noch rar sind. Die anhaltenden Meinungsdivferenzen zwischen höchsten deutschen Gerichten sind dafür Beweis genug⁴⁷⁾.

Man kommt aber auch nicht daran vorbei, daß heute noch die AVE von einer sehr starken - um nicht zu sagen überwiegenden-Meinung in Schrifttum wie Rechtsprechung (auch) als Verwaltungsakt angesehen wird, wie aus der vorstehenden Wiedergabe des Streits der Meinungen⁴⁸⁾ abzulesen ist. Es besteht daher unverändert ein Interesse daran, die Auswirkungen gerade dieser Ansicht über die Qualifikation der AVE unter dem besonderen Gesichtspunkt des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes zu untersuchen und zu bewerten^{48a)}. Dabei werden sich dann Rückschlüsse auf Vorteilhaftigkeit wie Nachteiligkeit der Qualifikation der AVE als Verwaltungsakt im Verwaltungsprozeß ziehen lassen und damit auf deren Zweckmäßigkeit in Hinsicht auf den Rechtsschutzgedanken.

Da Anfechtungs- und Verpflichtungsklage die prozessualen Hauptinstrumente des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes darstellen, ist es ganz natürlich, daß sich die vorliegende Untersuchung vornehmlich auf das Gebiet des verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozesses konzentriert. In diesem Rahmen gilt das Augenmerk den spezifischen Besonderheiten der AVE als Institut der staatlichen Arbeitsverwaltung. Andererseits kann es nicht ausbleiben, daß Einsichten und Feststellungen auch bezüglich der Voraussetzungen und der Eignung des geltenden Verfahrensrechtes für die prozessuale Behandlung besonderer Gestaltungsformen des Verwal-

47) Vgl. BVerwGE 7, 82 = AP Nr. 6 zu § 5 TVG einerseits und BAG NJW 65, S. 1624 = AP Nr. 12 a.a.O. andererseits

48) s. oben S. 5 f., 7 f.

48a) Daß es im wesentlichen dem ständigen Steigen der wirtschaftlichen Konjunktur zu verdanken war, daß die Handhabung der AVE bisher weitgehend widerspruchslös hingenommen worden ist, hat Gumpert, BB 59, S. 271, mit Recht bemerkt. Das kann sich aber sehr schnell ändern, wenn

tungsaktes im allgemeinen und der AVE im besonderen gewonnen werden. Wie sich zeigen wird, stößt man insofern noch auf viele Erkenntnislücken. Nicht zuletzt deswegen sind Anliegen wie Methodik dieser Arbeit gerechtfertigt.

§ 4: Rechtsweg und Zuständigkeiten

I. Rechtsweg

Geht es um die gerichtliche Kontrolle hoheitlicher staatlicher Tätigkeit, so ist zunächst festzustellen, welche Gerichte hierzu berufen sein können (Rechtsweg). Die Frage beantwortet sich nach der Art der Streitigkeit, die vor die Gerichte gebracht werden soll. So sind für bürgerlichrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich die ordentlichen Gerichte berufen, § 13 GVG, § 2 ArbGG, für die öffentlichrechtlichen die (allgemeinen und besonderen) Verwaltungsgerichte⁴⁹⁾, von der Verfassungsgerichtsbarkeit einmal abgesehen.

1. Die vorliegende Untersuchung behandelt Ausspruch, Aufhebung und Ablehnung des Ausspruches oder der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit als Verwaltungsakte⁵⁰⁾, wenn und soweit sie zum Hauptgegenstand richterlicher Prüfung gemacht werden.

Der Begriff des Hauptgegenstandes ist kein gesetzlicher und bedarf der näheren Umschreibung. Diese gewinnt man zunächst negativ durch eine Gegenüberstellung mit dem geläufigen Begriff der Vorfrage. Hauptgegenstand ist eine rechtliche Streitfrage, wenn ihre Entscheidung nicht eine Vorfrage für

die konjunkturellen Verhältnisse einmal so sind, daß der Wettbewerbsdruck zu schärfster Kalkulation zwingt; dann werden zumal die Arbeitgeber sich kaum mit der vielfach grobzügigen Praxis der Arbeitsbehörden ohne Kontrolle durch die Gerichte abfinden. Gumpert, a.a.O., S. 271 f.

49) § 40 VwGO; § 51 SGG; §§ 1, 33 FGO

50) Also auch, soweit sie (nach der Doppelnaturlehre) Verwaltungsakte sind!

die Endentscheidung einer Streitigkeit betrifft. Aufgrund dieser Erkenntnis scheiden hier eine Reihe von Streitigkeiten, bei denen die AVE⁵¹⁾ Gegenstand richterlicher Prüfung werden könnte, aus. Zu ihnen gehören streitige Ansprüche, die unter Berufung auf allgemeinverbindliche Tarifnormen klageweise geltend gemacht bzw. geleugnet werden, wobei die Berechtigung des einen oder des anderen nicht beurteilt werden kann ohne vorherige Entscheidung über Bestand oder Inhalt der AVE. Es würde sich dabei zumeist um Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer handeln. Hier kann die AVE nur Gegenstand einer Vorfrage werden. Gleiches gilt bei Ansprüchen wegen der Folgen des Ausspruchs bzw. der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit, die auf Schadensersatz oder Entschädigung gerichtet sind⁵²⁾. Auch dort kann die Feststellung des Bestandes oder der Rechtmäßigkeit nur die Entscheidung einer Vorfrage beinhalten.

Hauptgegenstand im einschlägigen Sinne ist eine Streitfrage dann, wenn ihre Entscheidung gleichbedeutend ist mit der richterlichen Entscheidung über Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Hoheitsaktes und über die sich daraus ergebenden Folgerungen für seinen Bestand; ferner dann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreites inhaltlich identisch ist mit der gerichtlichen Aussage, ob eine Pflicht der Verwaltung zu einem bestimmten Verhalten besteht oder nicht. Für diese Untersuchung kommen demzufolge in Betracht Rechtsstreitigkeiten, bei denen es allein um die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der AVE geht mit der Folge der Kassation oder Feststellung der Nichtigkeit; ferner Streitigkeiten darüber, ob die AVE erlassen oder aufgehoben werden muß. In allen diesen Fällen ist staatliche Verwaltung in ihrer Eigenschaft als Träger hoheitlicher Gewalt auf der Beklagten-seite beteiligt. Es handelt sich darum um öffentlichrechtli-

51) Der Begriff wird in diesem Zusammenhang zugleich stellvertretend für Aufhebung und Ablehnung der Allgemeinverbindlichkeit usw. gebraucht.

52) Zu denken wäre hier an Ansprüche wegen Amtspflichtverletzung, Enteignung und enteignungsgleichen Eingriff.

che Streitigkeiten. Hieran ändert nichts, daß Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit (privatrechtliche) Arbeitsverhältnisse gestalten; ebensowenig, daß die Entscheidung des Rechtsstreits von der Entscheidung einer zivilrechtlichen Vorfrage abhängen kann, etwa über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Tarifvertrages⁵³⁾.

2. Für öffentlichrechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art kommt gemäß § 40 VwGO der Verwaltungsweg in Frage, sofern die Streitigkeiten nicht durch Bundes- oder, im Falle von Landesrecht, durch Landesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Eine solche Zuweisung ist nicht ersichtlich.

Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit kommen allerdings in die Lage, die Rechtmäßigkeit oder gar den Bestand von Hoheitsakten festzustellen; so dann, wenn Schadensersatzansprüche wegen Amtspflichtsverletzung oder Ansprüche wegen Enteignung oder enteignungsgleichem Eingriff geltend gemacht werden. Hier handelt es sich um öffentlichrechtliche Streitigkeiten, die kraft Gesetzes ausdrücklich den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind⁵⁴⁾. Diese Ausnahmen sind hier jedoch ohne Bedeutung, weil die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes lediglich als Vorfrage zu prüfen wäre⁵⁵⁾.

Auch die Arbeitsgerichte können zur Nachprüfung der AVE berufen sein. Klagt beispielsweise ein Tarifaußenseiter, dessen Arbeitsverhältnis unter den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages fällt, auf Zahlung des ihm seiner Meinung nach zustehenden Lohnes gegen seinen Arbeitgeber, so kann nicht zweifelhaft sein, daß es sich hier um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit handelt, die gemäß § 2 Ziff. 2 ArbGG in die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gehört. Wendet der beklagte Arbeitgeber

53) Insofern kann allerdings nach § 8 TVG eine Bindung an die Entscheidung eines Arbeitsgerichtes gegeben sein; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 8 Rdnr. 7

54) Vgl. Art. 34 GG, § 71 Abs. 2 Ziff. 2 VVG; Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG

55) Vgl. oben S. 15 und Fußn. 52 daselbst.

Nichtigkeit der AVE ein, so muß das Arbeitsgericht hierüber, d. h. über eine öffentlichrechtliche Vorfrage entscheiden; denn diese kann für die Entscheidung über den Hauptgegenstand, die geltend gemachte Lohnforderung, präjudiziell sein. Dadurch ändert sich indessen nichts an der arbeitsrechtlichen, also bürgerlichrechtlichen Natur der Streitigkeit.

3. Es ist erwogen worden, ob sich nicht aus § 8 TVG eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für gewisse Streitigkeiten ergeben kann, die die AVE zum Hauptgegenstand haben⁵⁶⁾. So hat H e r s c h e l die Frage aufgeworfen⁵⁷⁾, ob der Streit über die Wirksamkeit der AVE ein Streit aus dem Tarifvertrag im Sinne des § 8 TVG sei - mit der Folge der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zur Entscheidung. H e r s c h e l verneint die von ihm selbst gestellte Frage; im Rahmen des § 8 TVG könne zwar über die Gültigkeit des der AVE zugrundeliegenden Tarifvertrages, nicht aber über die Gültigkeit der AVE als solcher entschieden werden⁵⁸⁾.

De lege lata verdient diese Ansicht Billigung. Sie entspricht dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes. Dieser beansprucht umsomehr Beachtung, als § 8 TVG im sachlichen Zusammenhang mit den anderen Bestimmungen des Tarifvertragsgesetzes, also auch mit § 5 gesehen werden muß. Die Erwägungen, welche da-

56) § 8 TVG lautet: "Rechtskräftige Entscheidungen der Arbeitsgerichtsbehörden, die in Rechtsstreitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien aus dem Tarifvertrag oder über das Bestehen oder Nichtbestehen des Tarifvertrags ergangen sind, sind in Rechtsstreitigkeiten zwischen tarifgebundenen Parteien sowie zwischen diesen und Dritten für die Gerichte, Schiedsgerichte und Schiedsgutachterstellen bindend."

57) RdA 59, S. 362 unter 3); vgl. auch Gumpert, BB 59, S. 274. Auf § 8 TVG wird in einem anderen sachlichen Zusammenhang zurückzukommen sein.

58) a.a.O.; ebenso Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 237; vgl. auch Gumpert, a.a.O., unter VI a, der aber fehlt, wenn er dem Urteil des BVerwG in E 7, 82 die Vorstellung entnehmen will, es sei möglich, im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Ungültigkeit einer AVE mit einer alle Gerichte bindenden Wirkung festzustellen. Das BVerwG, a.a.O., S. 86 f., erwägt für § 8 TVG nicht eine Analogie hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit (der Arbeitsgerichte), sondern hinsichtlich der Bindung an die Kassationsentscheidungen der Verwaltungsgerichte. Vgl. dazu weiter unten.

für maßgebend gewesen sind, den rechtskräftigen Entscheidungen der Arbeitsgerichte in den in § 8 TVG aufgezählten Fällen eine subjektiv erweiterte Verbindlichkeit zuzuerkennen, können nämlich theoretisch in gleicher Weise für die AVE ins Treffen geführt werden. Denn auch die AVE und ihr Inhalt sind für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen - die der Außenseiter im Geltungsbereich des Tarifvertrages - maßgeblich, und es besteht daher ein Interesse daran, widersprechende Entscheidungen zu verhindern und eine einheitliche Auslegung zu gewährleisten⁵⁹⁾. Dem Gesetzgeber kann diese Erkenntnis unmöglich verborgen geblieben sein. Dennoch hat er davon abgesehen, Konsequenzen daraus zu ziehen und eine dem § 8 TVG entsprechende Regelung für die AVE - in § 8 selbst oder anderswo - einzuführen. Auf diese Weise eine ihrer Natur nach öffentlichrechtliche Streitigkeit den ordentlichen (Arbeits-)Gerichten zuzuweisen, hätte er ebenso wenig wie in anderen Fällen⁶⁰⁾ gehindert werden können. Allerdings hätte er diese Regelung dann nicht (nur) in § 8 TVG, sondern (auch und) vor allem in § 2 Nr. 1 ArbGG festlegen müssen. Denn gesetzessystematisch gesehen, regelt ja § 8 TVG nicht eine sachliche Zuständigkeit, sondern setzt eine solche voraus; sedis materiae ist insoweit einzig und allein § 2 ArbGG.

Gegen eine ausdehnende Interpretation des § 8 TVG und damit eine Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zur Entscheidung über die Wirksamkeit einer AVE spricht ferner, daß mit ihr weder theoretisch noch praktisch viel gewonnen wäre. Denn es lassen sich kaum Sachverhalte denken, bei denen die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer AVE Anlaß zu Streitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien oder zwischen und Dritten, die nicht staatliche Behörden und damit Inhaber hoheitlicher Gewalt sind, werden kann⁶¹⁾. Es kommt also schon auf mehr als eine ausdehnende Interpretation heraus und geht auch über eine zulässige Analogie hinaus, wollte man die Regelung des § 8,

59) vgl. BAGE 10, 88(96) = NJW 61, S. 573 ff.

60) vgl. oben S. 16 und Fußnote 54 daselbst

61) vgl. Gumpert, BB 59, a.a.O.

soweit es sich um die sachliche Zuständigkeit handelt, für den Fall der AVE nutzbar machen⁶²⁾, also etwa aus § 8 eine eher dem § 47 VwGO für Rechtsverordnungen analoge Regelung herleiten⁶³⁾.

Es bleibt sonach dabei, daß eine anderweitige Zuweisung im Sinne des § 40 VwGO nicht besteht.

4. Eine andere Frage ist, ob de lege ferenda eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zur Entscheidung über Rechtmäßigkeit und Bestand einer AVE als Hauptgegenstand erwünscht sein kann⁶⁴⁾.

Auf der Suche nach Gründen für eine derartige sachliche Zuständigkeit trifft man - nur - auf das Argument der besseren Sachnähe der Arbeitsgerichte. So hat das BVerwG gemeint⁶⁵⁾, die Beurteilung der AVE erfordere vorwiegend arbeitsrechtliche und arbeitspolitische Kenntnisse und Erfahrungen; (auch) deshalb sei diejenige Qualifizierung der AVE vorzuziehen, die gegebenenfalls zur Überprüfung durch die Arbeitsgerichte führen würde⁶⁶⁾.

Indessen ist die Argumentation mit dem Gesichtspunkt der größeren Sachnähe oder des besseren Sachverständnisses der jeweiligen Gerichtsarten bei Instituten im Grenzbereich verschiedener Rechtsgebiete von zweifelhaftem praktischen Wert, aber auch theoretisch müßig. Daß es eine Vielzahl von arbeitsrechtlich bedeutsamen Sachkomplexen gibt, über die im Streitfall nicht die prima vista berufen erscheinenden Arbeitsgerichte, sondern Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben⁶⁷⁾, würde allerdings noch nicht dagegensprechen, eine

62) Vgl. Nipperdey u. Heussner, a.a.O., die zwar eine analoge Anwendbarkeit zu prüfen vorschlagen, zugleich aber betonen, daß eine solche Analogie "sehr weit" ginge.

63) Vgl. die Erwägungen de lege ferenda bei Nipperdey u. Heussner, a.a.O., sowie bei Gumpert, a.a.O., S. 275 unter VII c.

64) Auch sie wird verschiedentlich im Zusammenhang mit dem Qualifikationsproblem erörtert. Vgl. z.B. BVerwGE 7, 82 (87); Gumpert, BB 59, S. 272, 275; Herschel, RdA 59, S. 363 unter 5

65) A.a.O.

66) BVerwG, a.a.O.; ähnlich Gumpert, a.a.O.

67) Vgl. die Beispiele bei Gumpert, a.a.O., S. 272

Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zu empfehlen. Bemerkenswert ist aber, daß bei genauerer Prüfung solcher Fälle fast überall nicht nur arbeitsrechtliche Fragen eine Rolle spielen, sondern auch öffentlichrechtliche Fragen, die dazu geführt haben, staatliche Stellen einzuschalten, die hoheitliche Befugnisse haben und hoheitliche Maßnahmen treffen. Das ist bei der AVE der Fall; sie ergeht, wie § 5 I, V TVG deutlich zum Ausdruck bringt, zumindest auch aus Gründen des Gemeinwohls, aus arbeits- und sozialpolitischen Gründen als staatlicher Hoheitsakt⁶⁸⁾. Aus dem Blickwinkel des Rechtsschutzes des Bürgers gegenüber Maßnahmen hoheitlicher Gewalt spricht daher sehr viel für die Einschaltung gerade der Verwaltungsgerichte, die auf diesem Gebiete im Verhältnis zu den Arbeitsgerichten ihrerseits ein Mehr an "Sach- erfahrung"⁶⁹⁾ aufweisen mögen. Die Argumentation mit derartigen Kriterien bleibt fragwürdig. Daß Gerichte sich mit fremdartigen Materien zu befassen haben, ist aufgrund der gegenwärtigen deutschen Gerichtsverfassung ein für alle Gerichtszweige akutes und zu bewältigendes Problem⁷⁰⁾, ohne daß Aussicht bestände, die fortschreitende Entwicklung der Spezialisierung rückgängig zu machen. Es werden sich je nach Fachrichtung immer ebensoviele Gesichtspunkte für und wider diese oder jene Zuständigkeit finden lassen, ohne daß beiden Seiten die Berechtigung abzusprechen wäre. Das gilt auch für die AVE als Hauptgegenstand richterlicher Kontrolle. Man kann nicht sagen, aus Gründen der Sachverständigkeit werde dem Rechtsschutz der Betroffenen besser durch die Arbeitsgerichte gedient.

68) Vgl. Gumpert, a.a.O.

69) Gumpert, a.a.O.

70) Vgl. die Bemerkungen von Herschel, Festschrift Bogs, S. 126 f.; derselbe. RdA 59, S. 361

II. Zuständigkeiten

1. Steht nach geltendem Recht nur der Verwaltungsrechtsweg offen, so müssen gemäß § 45 VwGO zur Entscheidung über eine AVE im ersten Rechtszug die Verwaltungsgerichte (§§ 2, 4 ff. VwGO) berufen sein. Gegen deren Urteile ist die Berufung zu den Obergerverwaltungsgerichten, unter den Voraussetzungen der §§ 134, 135, 45 Nr. 2 VwGO die (Sprung)Revision zum Bundesverwaltungsgericht möglich, das auch über Revisionen gegen Urteile der Obergerverwaltungsgerichte gemäß §§ 49 Nr. 1, 132, 133 VwGO zu entscheiden hat. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob es sich um die AVE des Bundesarbeitsministers oder eines Landesarbeitsministers gemäß § 5 VI TVG, § 5 I BerlTVG handelt. Der Unterschied zur früheren Regelung⁷¹⁾ besteht darin, daß nach § 9 Abs. 1 Buchstaben a und b BVerwGG bei Anfechtungs- und Feststellungsklagen gegen Verwaltungsakte der obersten Bundesbehörden auf dem Gebiete des Arbeitsrechtes in erster und letzter Instanz grundsätzlich das BVerwG zuständig war. Es entschied jedoch gemäß § 9 Abs. 2 BVerwGG in der Sache nur, wenn die Angelegenheit nach Umfang, Bedeutung oder Auswirkung über das Gebiet eines Landes hinausging oder von allgemeiner Bedeutung war oder aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses einer alsbaldigen Entscheidung bedurfte; andernfalls verwies es an das örtlich zuständige Verwaltungsgericht erster Instanz⁷²⁾.

Was die AVE anbetrifft, so wies diese Regelung im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtslage und gemessen an der Forderung nach möglichst umfassenden Rechtsschutz im wesentlichen zwei Nachteile auf. Einmal gab es gerade bei Anfechtungs- oder Feststellungsklagen, die Verwaltungsakte einer obersten Bundesbehörde zum Gegenstand hatten und wegen der besonderen Wichtigkeit durch das Bundesverwaltungsgericht selbst entschieden werden mußten, nur eine einzige Tatsachen- und Rechtsinstanz. Ferner konnte das Bundesverwaltungsgericht

71) Aufgrund des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGG) vom 22. 12. 1952 (BGBl. I, S. 625)

72) Das war - und ist - das Verwaltungsgericht Köln.

keine der jetzigen Verpflichtungsklage (§§ 42, 113 Abs. 4 VwGO) entsprechende Einrichtung⁷³⁾.

Während der Geltung des BVerwGG war lediglich ein Fall zu verzeichnen, bei dem es vor dem BVerwGG um eine vom Bundesarbeitsminister auszusprechende AVE ging; es war Anfechtungsklage gegen die Ablehnung des Ausspruches der Allgemeinverbindlichkeit seitens des Bundesarbeitsministers erhoben worden⁷⁴⁾. In der bekannter gewordenen Entscheidung des BVerwG in E 7, 82 hatte es als Revisionsinstanz über die Anfechtungsklage gegen eine vom Senator für Arbeit in Berlin ausgesprochene AVE zu entscheiden⁷⁵⁾.

2. Nach § 52 Nr. 2 VwGO ist für Anfechtungs- wie für Verpflichtungsklagen gegen den Bundesarbeitsminister dasjenige Verwaltungsgericht örtlich allein zuständig in dessen Bezirk das Ministerium seinen Sitz hat⁷²⁾. Für Feststellungsklagen ergibt sich das gleiche. Denn auch bei diesen ist gemäß § 52 Nr. 5 VwGO dasjenige Verwaltungsgericht zuständig, in dessen Bezirk die beklagte Behörde ihren Sitz hat. Ist die AVE gemäß § 5 VI TVG von einer obersten Landesbehörde ausgesprochen worden, so wird das örtlich zuständige Verwaltungsgericht erster Instanz gemäß §§ 45, 52 Nr. 3 und 5 VwGO ermittelt. In Betracht kommt hiernach wiederum in erster Linie das Verwaltungsgericht des Bezirkes, in dem die AVE erlassen wurde (§ 52 Nr. 3), in zweiter das Gericht des Bezirkes der zuständigen obersten Landesbehörde (§ 52 Nr. 5 VwGO).

73) Es gab lediglich die Möglichkeit, gegen die Ablehnung eines Verwaltungsaktes mit der Anfechtungsklage vorzugehen. Vgl. § 15 BVerwGG

74) BVerwGE 7, 188 = AP Nr. 7 zu § 5 TVG; unter Hinweis auf seine Entscheidung E 7, 82 wies das BVerwG die Klage ab, weil es keinen Anspruch auf Erlass einer VO gebe.

75) Vorinstanzen waren das Verwaltungsgericht Berlin (Urteil vom 29. 2. 1956 - IV A 415/55; lediglich mit den Leitsätzen veröffentlicht in BB 56, S. 785) und das OVG Berlin (Urteil vom 15. 3. 1957 - II B 52/56 - abgedruckt u.a. in AP Nr. 3 zu § 5 TVG).

§ 5: Die Anfechtungsbefugnis

I. Die Anfechtungsbefugnis im allgemeinen

Sind der Ausspruch, die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit sowie die Ablehnung des Ausspruches und der Aufhebung Verwaltungsakte, so können sie mit der Anfechtungsklage angegriffen werden, § 42 Abs. 1 VwGO⁷⁶⁾⁷⁷⁾.

Es fragt sich, wer zur Anfechtung sachlich berechtigt sein kann. Um das untersuchen zu können, muß man sich über die Anfechtungsbefugnis ganz allgemein klar sein.

Der Anfechtungskläger kann die Aufhebung (Kassation) des - rechtswidrigen - Verwaltungsaktes nur beanspruchen, wenn er durch diesen in seinen Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 VwGO (Anfechtungsbefugnis)⁷⁸⁾. Dementsprechend muß er dem Gericht gegenüber geltend machen, durch den Verwaltungsakt rechtswidrig in seinen Rechten verletzt zu sein. Als anfechtungsbefugt kommt somit nur in Betracht, wer ein durch den - rechtswidrigen - Verwaltungsakt verletzbares Recht hat.

In diesem Zusammenhang interessiert allein, welche und wessen Rechte durch Ausspruch, Aufhebung und Ablehnung des Ausspruches und der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit beeinträchtigt werden können. Infolgedessen bedarf es hier keiner Stellungnahme zu der umstrittenen Frage, ob die Anfechtungsbefugnis die Zulässigkeit oder die Begründetheit der Anfechtungsklage oder beides betrifft⁷⁹⁾. Denn für die AVE ergeben sich insoweit keine verfahrensrechtlichen Besonderheiten.

76) Da es sich bei Ausspruch, Aufhebung und Ablehnung der Allgemeinverbindlichkeit um Verwaltungsakte handelt, die von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde ergehen, ist gemäß § 68 Nr. 1 VwGO ein Vorverfahren nicht erforderlich.

77) Abweichend offenbar Dersch, Festschrift für Nipperdey zum 60. Geburtstag, S. 226 f.; Kaskel-Dersch, S. 97 f. (§ 15 II)

78) Vgl. Bettermann, Klagebefugnis usw., S. 454 f.; Bachof, JZ 62, S. 701

79) Übersichten über die neuere Literatur findet man bei Bettermann, Klagebefugnis usw., S. 449, und Bernhardt, JZ 63, S. 307 Fußn. 44

Eine Rechtsverletzung im Sinne der §§ 42 und 113 VwGO ist nur denkbar, wenn erstens eine Beziehung zwischen dem Rechtsträger und dem Verwaltungsakt besteht (rechtliche oder tatsächliche Betroffenheit⁸⁰⁾). Zweitens muß sich der Verwaltungsakt für den betroffenen Rechtsträger nachteilig (belastend) auswirken; er muß ihn in Handlungsfreiheit oder Besitzstand mindern, oder ihm Pflichten auferlegen oder seine Stellung sonstwie verschlechtern (Beeinträchtigung oder Beschwer⁸¹⁾). Endlich muß ein Recht des Betroffenen beeinträchtigt sein.

Der weiteste Kreis derjenigen, die danach als anfechtungsbefugt in Betracht kommen, ist demnach durch ihre Betroffenheit gekennzeichnet⁸²⁾. Innerhalb dieses Kreises sind nur diejenigen von Interesse, für die der Verwaltungsakt - zumindest auch - belastend wirkt; dieser Bereich kann sich mit dem der Betroffenen decken, wenn der Verwaltungsakt alle belastet. Schließlich kommt von ihnen als anfechtungsbefugt nur in Frage, wessen Belastung - wenigstens teilweise - gerade in einer Rechtsbeeinträchtigung besteht.

Die nächste Frage ist, was das Gesetz in den §§ 42 und 113 VwGO unter "Recht" versteht.

Es kann heute wohl als geklärt bezeichnet werden, daß nicht nur sogenannte subjektive Rechte gemeint sind⁸³⁾. Es reicht aus, daß eine Beeinträchtigung der Individualrechtssphäre vorliegt⁸⁴⁾; das Bundesverwaltungsgericht spricht auch vom "rechtlich geschützten Lebenskreis"⁸⁵⁾. Die darin gegenüber

80) Bettermann, a.a.O., S. 460

81) Bettermann, a.a.O.; Wolff, StuB III, § 173 I b 4 (S.403)

82) Dazu gehören in erster Linie die Adressaten eines Verwaltungsaktes; aber keinesfalls muß immer nur der Adressat Betroffener sein.

83) BVerwGE 7, 237 f. = DVBl. 59, S. 62 f.; BVerwG in DVBl. 59, S. 396 ff.; OVG Münster, VRspr. 4, S. 846 ff. (847); Hess.VGH VRspr. 5, S. 340 ff. (342); Huber II, S. 615; Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 96; Koehler, § 42, C IV 4; Schunck-De Clerck, § 42, 2 d aa; Wolff, a.a.O.

84) BVerwGE 7, 237 f.; OVG Münster E 12, 27(29); Hess.VGH, a.a.O.; Huber, a.a.O.; Bettermann, RdA 59, S. 249 unter c; Menger, Grundrechte III/2, S. 749; Koehler, § 42, C IV a; Klinger, § 42, C 3

85) BVerwGE 10, 122(123) = NJW 60, S. 1315; E 11, 331(332) = NJW 61, 1129; Bachof, JZ 62, 701

dem reinen Gesetzeswortlaut erkennbare Erweiterung ist gekennzeichnet durch Einbeziehung auch der rechtlich geschützten Individualinteressen, von Interessen also, die durch das positive Recht ausdrücklich oder dem Sinne nach sanktioniert sind⁸⁶⁾. Dies ist bereits der Fall, wenn die Rechtsnorm erkennbar nicht lediglich dem Allgemeininteresse dienen will, sondern (auch) dem Einzelinteresse des Klägers⁸⁷⁾. Der Bereich nur wirtschaftlicher, politischer und kultureller Interessen ist ausgeschieden, soweit sie nicht durch die Rechtsnorm in den Rang rechtlich geschützter Interessen erhoben sind⁸⁸⁾; die Interessensphäre wird nur insoweit geschützt, als sie sich mit der Rechtssphäre deckt⁸⁹⁾.

II. Die Anfechtungsbefugnis bei der AVE im besonderen

Unter Beachtung der vorstehenden Grundsätze ist nunmehr im einzelnen zu untersuchen, wer beim Ausspruch, bei der Aufhebung sowie bei der Ablehnung von Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit als anfechtungsbefugt in Betracht kommt.

Anhaltspunkte hierfür ergeben sich aus § 5 TVG. Nur die dort aufgeführten Personen und Personenvereinigungen kommen in Frage⁹⁰⁾.

In erster Linie sind da die sogenannten Tarifaußenseiter zu nennen, deren Arbeitsverhältnisse unter den Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages fallen. Innerhalb dieser Gruppe müssen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterschieden werden.

86) BVerwGE 7, 237 f.; Koehler, a.a.O., C IV 4; Schunck-De Clerck, a.a.O., 2 d cc; Maunz-Dürig, Art. 19, Rdnr. 33; H.J. Wolff, Festschrift Verwaltungsakademie, S. 123 f.

87) OVG Münster, NJW 65, S. 600; Eyermann-Fröhler, § 42, Rdnr. 96; Bachof, JZ 62, S. 702; JZ 66, S. 436 f.

88) OVG Berlin, AP Nr. 3 zu § 5 TVG; Schunck-De Clerck, a.a.O.; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 III 1 b; derselbe, Verwaltungsprozeßrecht, S. 118 f.; Bachof, JZ 66, S. 437

89) Maunz-Dürig, a.a.O.; Rdnr. 35; Eyermann-Fröhler, a.a.O., Rdnr. 99; Huber, II, S. 615

90) Bettermann, RdA 59, S. 249 unter 4

Sodann die Parteien des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages (Tarifbeteiligte), und zwar im Falle des Ausspruches der Allgemeinverbindlichkeit als Antragsteller oder, wenn nicht alle Vertragsparteien die AVE gemeinsam beantrag hatten, als sonstige Tarifbeteiligte.

Tarifbeteiligt können sein Gewerkschaften⁹¹⁾, Arbeitgebervereinigungen⁹²⁾ sowie einzelne Arbeitgeber⁹³⁾ und die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer (§ 2 TVG).

Eine weitere Kategorie bilden die am Ausgang des Verwaltungsverfahrens bei der AVE interessierten Gewerkschaften und Vereinigungen der Arbeitgeber gemäß § 5 II TVG.

Endlich sind auch in Betracht zu ziehen die obersten Arbeitsbehörden eines Landes, auf das sich eine AVE des Bundesarbeitsministers erstrecken kann (§ 5 III TVG)⁹⁴⁾.

In der Reihenfolge dieser Aufzählung soll bei der nachfolgenden Untersuchung der Anfechtungsbefugnis vorgegangen werden.

-
- 91) Gewerkschaften haben zumeist den Status von nichtrechtsfähigen Vereinen. Für den Verwaltungsprozeß ist ihnen jedoch abweichend von der ZPO die Parteifähigkeit durch § 61 Nr. 2 VwGO gegeben; hiernach sind Vereinigungen fähig, verfahrensbeteiligt zu sein, soweit ihnen ein Recht zustehen kann. Vgl. dazu Redeker-v.Oertzen, § 61, Rdnr. 4; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 65; OVG Berlin, a.a.O.; die Vertretung im Prozeß erfolgt durch die satzungsmäßigen Vorstände, § 62 II VwGO.
- 92) Handelt es sich hierbei - wie regelmäßig - um rechtsfähige Vereine gem. §§ 21 ff. BGB, so ergibt sich ihre Parteifähigkeit, d.h. ihre Fähigkeit, Prozeßbeteiligter zu sein (§ 63 VwGO), aus § 61 Nr. 1 VwGO; ihre Vertretung im Prozeß regelt sich ebenfalls nach § 62 II VwGO.
- 93) Das können einzelne natürliche Personen, Gesellschaften oder Körperschaften des öffentlichen Rechts sein. Die Parteifähigkeit der Gesellschaften, die juristische Personen sind (AG, GmbH, KGaA, Genossenschaft), im Verwaltungsprozeß beruht auf § 61 Nr. 1 VwGO; die der anderen (CHG, KG) auf § 61 Nr. 2. Für alle gilt hinsichtlich der Prozeßvertretung § 62 II VwGO.
- 94) Hier sind die Länder selbst, vertreten durch den jeweiligen Minister, parteifähig, sofern nicht diesem durch Landesrecht als Behörde selbst die Fähigkeit, Prozeßbeteiligter zu sein, verliehen ist, § 61 Nr. 3 VwGO.

1. Die Anfechtungsbefugnis der Tarifaußenseiter

Unter den Tarifaußenseitern versteht man diejenigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im räumlichen, betrieblichen, fachlichen, personellen und zeitlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages, deren Arbeitsverhältnisse von den Normen des Tarifvertrages nicht erfaßt werden, weil die Betroffenen keinem der Tarifvertragsparteien (§ 2 TVG) angehören, also nicht tarifgebunden sind (§ 3 I TVG).

(1) Im Falle der AVE

a) Die Außenseiter im Zeitpunkt des Ausspruches der Allgemeinverbindlichkeit

Folgt man der Doppelnatur-Lehre ⁹⁵⁾, so können die Außenseiter von der AVE deshalb nicht betroffen werden, weil sie für diese kein Verwaltungsakt ist ⁹⁶⁾. Folgerichtig wird ihnen bereits aus diesem Grunde keine Anfechtungsbefugnis zugestilligt ⁹⁷⁾, ohne daß es darauf ankäme, ob und wie die AVE für sie wirkt.

Hierauf kommt es indessen nach der Verwaltungsakttheorie an. Gemäß § 5 IV TVG erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrages mit der AVE auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Diese Rechtsnormen gelten nunmehr unmittelbar und zwingend, d.h. unabdingbar, für ihre Arbeitsverhältnisse, § 4 I TVG. Die unmittelbare und zwingende Wirkung tritt mit der AVE ein, ohne daß es darauf ankommt, ob die Außenseiter davon wissen und mit den tariflichen Bedingungen einverstanden sind. Entgegenstehende Einzelabmachungen werden verdrängt und behalten ihre Geltung nur, soweit dies tarifvertraglich zugelassen ist oder es sich um eine dem Arbeitnehmer günstigere Regelung handelt (§ 4 III TVG).

95) Vgl. oben S. 7 f.

96) Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 225 ff.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 49 ff.; BAG in NJW 65, S. 1624 ff. (1625)

97) Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 234; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 50; Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 252

Aus alldem ergibt sich unzweifelhaft, daß die im Zeitpunkt des Ausspruches der Allgemeinverbindlichkeit bzw. deren Inkrafttreten vorhandenen Außenseiter durch die AVE betroffen werden. Diese Betroffenheit ist auch eine unmittelbare; der Zweck der AVE, die Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen im Geltungsbereich des Tarifvertrages im Sinne seiner Regelungen wird durch ihre Wirkung herbeigeführt; eines weiteren Mittels bedarf es nicht. Daß es die Bedingungen des Tarifvertrages sind, die infolge der AVE unmittelbar und zwingend eintreten, ändert nichts daran, daß nicht der Tarifvertrag als solcher ursächlich und bestimmend hierfür ist - wie bei den tarifgebundenen Arbeitgebern und -nehmern-, sondern der Hoheitsakt der AVE ⁹⁸⁾. Damit stimmt überein, daß auch das TVG in § 5 II von den Arbeitgebern und Arbeitnehmern spricht, die von der AVE "betroffen" würden.

Fraglich ist, ob die AVE für diese Außenseiter ein *b e l a s t e n d e r* Verwaltungsakt sein kann. Dafür spricht, daß jede AVE einen Eingriff in die arbeitsrechtliche Stellung der Außenseiter darstellt, indem ihnen gewissermaßen die Bedingungen zwingend vorgeschrieben werden, nach denen sich ihre arbeitsrechtlichen Beziehungen insgesamt oder für Teilbereiche fortan zu richten haben ⁹⁹⁾. Auf ihren Willen kommt es nicht an. Wollen sie sich diesem "Zwang" nicht beugen, so müssen sie - wie auch immer - aus dem Geltungsbereich des TVG ausscheiden, ein - vor allem für die Arbeitgeber! - rein theoretischer Ausweg. Da jede dem Arbeitnehmer ungünstigere Einzelregelung unwirksam ist, bedeutet die AVE zugleich eine Einschränkung der Vertragsfreiheit ¹⁰⁰⁾.

98) Die Unmittelbarkeit der Betroffenheit der Außenseiter wird auch hervorgehoben bei Bettermann, RdA 59, S. 249; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 504; OVG Berlin, a.a.O.; vgl. ferner VGH Stuttgart, ES VGH 3, 79 = DÖV 53, S. 641 f.; Koehler, § 42, C IV 6 a; a.A. Herschel, RdA 59, S. 365 unter III a

99) Bettermann, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, a.a.O. - Entsprechend das Arbeitsverhältnis schon bisher den Bedingungen des Tarifvertrages, so bewirkt die AVE deren Unabdingbarkeit. Vgl. Hueck-Nipperdey, a.a.O.; Maus, Handbuch, VII B, Fußn. 635

100) Hueck-Nipperdey, a.a.O.; Nikisch, II, S. 516; vgl. auch Herschel, Festschrift Bogs, S. 136

Unter Hinweis auf diese Auswirkungen der AVE wird denn auch im Schrifttum zumeist eine (Rechts)Beeinträchtigung der Außenseiter - schlechthin - bejaht ¹⁰¹⁾, soweit man sie nicht überhaupt unterstellt.

(a) Hinsichtlich der Arbeitnehmer kann jedoch zweifelhaft sein, ob die AVE immer und für alle Außenseiter eine Beeinträchtigung darstellt. Diese Zweifel ergeben sich aus folgendem:

Die Tarifnormen bedeuten nur Mindestarbeitsbedingungen ¹⁰²⁾: Beschränkungen für Einzelvereinbarungen zugunsten der Arbeitnehmer werden damit nicht aufgestellt. Dem Tarifvertragsrecht ist das Günstigkeitsprinzip eigen; es besagt, daß gegenüber den Tarifnormen abweichende Abmachungen außer im Falle ausdrücklicher Gestattung nur wirksam sind und/oder bleiben ¹⁰³⁾, wenn und soweit sie dem Arbeitnehmer günstigere Regelungen enthalten, § 4 III TVG ¹⁰⁴⁾. Einzelvertragliche Bedingungen, die den Arbeitnehmer besserstellen, werden in ihrer Verbindlichkeit nicht berührt ¹⁰⁵⁾.

§ 4 III TVG gilt auch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifnormen. Liegt somit in der AVE die hoheitliche Verbindlicherklärung für Mindestarbeitsbedingungen, so bedeutet dies eine Beschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitspartner nur insoweit, als es sich um die Freiheit handelt, mit dem Arbeitnehmer ungünstigere Bedingungen rechtswirksam zu vereinbaren.

Die sich aufdrängende Frage lautet demnach:

Ist es eine Beschwer für jemand, wenn er von seinem Recht nicht zu seinen Ungunsten Gebrauch machen kann? Wird jemand dadurch beeinträchtigt, daß seine Rechtsstellung zu seinen

101) Bettermann, a.a.O.; Huber, II, S. 452; Nikisch, II, S. 516; Hueck-Nipperdey-Tophoven, TVG (3. Aufl.) § 5, Rdnr. 56

102) Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 406 f.; dieselben, Grundriß, S. 236 f.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 4 Rdnr. 173; Nikisch, a.a.O., S. 423; BVerwG NJW 65, S. 1538

103) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 414; dieselben, Grundriß, S. 238; Nikisch, a.a.O., S. 426

104) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 411; dieselben, Grundriß, S. 236

105) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 406; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Nikisch, a.a.O., S. 419

Gunsten, wenn auch für ihn unfreiwillig, verändert wird? So unsinnig es auf den ersten Blick erscheinen mag, diese Fragen zu stellen oder gar zu bejahen, so berechtigt erweist es sich bei genauerer Überlegung, im vorliegenden Zusammenhang näher auf sie einzugehen.

Wenn man die AVE vom Standpunkt des Gesetzgebers bewertet und hierbei die Gesichtspunkte berücksichtigt, die zur Einführung dieses Institutes geführt haben, dann kann freilich kein Zweifel daran bestehen, daß die AVE - auch - eine Art sozialer Wohltat, ein Instrument sozialen Schutzes für die Arbeitnehmer und also ganz allgemein eine ihnen nur vorteilhafte Einrichtung darstellt. Auch - denn wie ein Blick auf die sachlichen Voraussetzungen nach § 5 I TVG lehrt, spielen dabei Gesichtspunkte des Allgemeinwohls, nicht nur des Schutzes der Arbeitnehmer, eine maßgebliche Rolle.

Aber abgesehen hiervon kann diese Bewertungsweise aus anderen Gründen nicht befriedigen. Sie geht vom Institut der AVE als solcher aus und ist insofern sicherlich nicht falsch. Es fragt sich aber, ob es hier darauf ankommen kann.

Daß das Institut der AVE für die Arbeitnehmer im allgemeinen aus sozialen Gründen eine vorteilhafte Einrichtung ist, schließt nicht notwendig oder begrifflich aus, daß sie sich im Einzelfall auch für den von ihr betroffenen Arbeitnehmer (auch) nachteilig auswirken kann.

Man sollte meinen, diese Möglichkeit sei, wenn nicht begrifflich, so doch tatsächlich undenkbar. Es kann doch nur für die Arbeitnehmer günstig sein, wenn infolge AVE die tariflichen Regelungen unabdingbar als Mindestarbeitsbedingungen gelten, mithin alle widersprechenden Regelungen, die ungünstiger sind, verdrängen und für die Zukunft unwirksam machen.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß der Begriff des Günstigen oder Vorteilhaften durchaus relativ sein kann. An dieser Stelle wird deutlich, daß sich die Frage nach der Beschwer mit dem tarifrechtlichen Problembereich des Günstig-

keitsvergleiches berührt. Es ist daher gerechtfertigt, die dortigen Erkenntnisse heranzuziehen. So soll die Frage, ob eine vom Tarifvertrag abweichende Regelung im Sinne des § 4 III TVG ungünstiger als die tarifliche Regelung ist, jedenfalls bei Inhaltsnormen vom Standpunkt des einzelnen Arbeitnehmers beurteilt werden, nicht nach dem Interesse der Gesamtheit der betroffenen Arbeitnehmer¹⁰⁶⁾. Es kann aber im Einzelfall sehr schwierig sein festzustellen, ob die tarifliche Regelung gegenüber der einzelvertraglichen günstiger oder ungünstiger für den Arbeitnehmer ist. Dies gilt vor allem dann, wenn der Tarifvertrag ganze Fragenkomplexe regelt (Lohn und Arbeitszeit, Lohn und Urlaub, Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle u.a.m.), wo Günstiges und Ungünstiges miteinander untrennbar verzahnt sein kann¹⁰⁷⁾. Bedenkt man dabei, daß Tarifverträge vielfach das Ergebnis mühsam zustandegebrachter Kompromisse widerstreitender Forderungen und Interessen sind, so erscheint diese Möglichkeit durchaus real.

Bereits aus diesen Erwägungen heraus ist sehr fraglich, ob eine Beschwer der Arbeitnehmer-Außenseiter allein unter Hinweis auf § 4 III TVG für alle Fälle verneint werden kann.

Ein weiteres kommt hinzu.

Nach allgemeiner Ansicht ist für § 4 III TVG allein ein Vergleich zwischen Tarifvertrag und Arbeitsverhältnis geboten und zulässig¹⁰⁸⁾. Außer Betracht haben dabei also beispielsweise zu bleiben Vorteile, die dem Arbeitnehmer bei geringerem als dem Tariflohn bezüglich Lohnsteuer, Versicherungs- und sonstigen Beiträgen entstehen¹⁰⁹⁾. Unbeachtlich insofern wäre mithin, wenn ein Arbeitnehmer infolge tariflicher Lohn-erhöhung aus dem Rahmen des versicherungspflichtigen Einkommens herausfielen und sich nunmehr freiwillig - gegebenenfalls mit höheren Beiträgen - versichern müßte. Bleiben der-

106) Nikisch II, S. 431; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 4 Rdnr. 239; Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 241

107) Nikisch, a.a.O., S. 433 ff.

108) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 238; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 433; dieselben, Grundriß, S. 241; Nikisch, II, S. 430

109) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Nikisch, a.a.O.

artige "Nachteile" beim Günstigkeitsvergleich außer Betracht, so verlieren sie doch im Einzelfall nicht ihren Charakter als Nachteil. Tritt ein derartiger individueller Nachteil infolge AVE eines Tarifvertrages ein, was gar nicht einmal so selten der Fall sein mag, so ist diese AVE für den betreffenden Arbeitnehmer (auch) belastend. Es kann somit durchaus sein, daß das, was im allgemeinen günstig erscheint, im Einzelfall (auch) Beschwer bedeutet.

Aus alldem ist grundsätzlich zu folgern: Die Tatsache, daß die AVE auch für die Arbeitnehmer unter den Außenseitern Mindestarbeitsbedingungen festlegt, schließt nicht notwendig und immer die Möglichkeit einer beachtlichen Beschwer für sie aus. Sie kann mithin auch kein durchschlagendes Argument gegen eine Anfechtungsbefugnis dieser Außenseiter sein.

An dieser Stelle könnte noch eingewendet werden, daß für den Arbeitnehmer noch immer die Möglichkeit bleibt, sein Arbeitsverhältnis im Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifnorm zu beenden, um auf diese Weise den ihm unwillkommenen Auswirkungen der AVE zu entgehen. Allein bereits in der Alternative: sich zu fügen oder auszuschcheiden¹¹⁰⁾, liegt eine Beeinträchtigung. Sie wird besonders verstärkt und deutlich in Zeiten wirtschaftlicher Krisen und sozialer Not, unter Verhältnissen also, wo die Aufgabe des Arbeitsplatzes eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz bedeuten kann. Dieser Einwand vermag also am Grundsatz ebenfalls nichts zu verändern.

(b) Für die Arbeitgeber unter den Außenseitern liegt die Beeinträchtigung auf der Hand, wenn man, wie es notwendig ist, von ihrer Interessenlage ausgeht. Für sie ist die AVE von Hause aus ein - sit venia verbo - arbeitgeberfeindliches Instrument, mit deren Hilfe einseitig zugunsten der Arbeitnehmer Mindestarbeitsbedingungen "diktiert" werden. Regelmäßig ist - wenn trennbar - der Vorteil des Ar-

110) wobei ja regelmäßig noch der Ablauf einer Kündigungsfrist abzuwarten ist.

beitnehmers mit einem Nachteil¹¹¹⁾ des Arbeitgebers verbunden. So wird es für den Arbeitgeber zumeist nachteilig sein, daß Einzelvereinbarungen mit den Arbeitnehmern wegen § 4 III TVG unwirksam sein und auch in Zukunft nicht wirksam vereinbart werden können; die an die Stelle tretenden tariflichen Bedingungen werden für ihn in der Regel größere Verpflichtungen beinhalten als jene, die er freiwillig einzugehen bereit ist¹¹²⁾. Zweifelhaft könnte eine Beschwer bei solchen Arbeitgebern sein, die im Zeitpunkt der AVE bereits tarifgebunden waren (§ 3 I TVG) und nicht nur tarifgebundene, sondern auch Außenseiter beschäftigen. Denn die AVE schafft für diese Außenseiter nunmehr nur, was der Arbeitgeber durch seine Zugehörigkeit zu einer Tarifvertragspartei für die tarifgebundenen Arbeitnehmer gewissermaßen bereits freiwillig zugelassen und gebilligt hatte. Allein für eine Beschwer reicht es bereits aus, daß mit der AVE die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber den Außenseitern durch die tarifvertraglichen ersetzt oder ergänzt, insoweit also möglicherweise erweitert oder verstärkt werden - gegen oder ohne den Willen des Arbeitgebers. Hat der Arbeitgeber aber bisher auch den Außenseitern unter seinen Arbeitnehmern tarifliche Leistungen gewährt, so kann er durch die AVE doch insofern noch beschwert sein, als diese nun die Unabdingbarkeit der tariflichen Regelung bewirkt (§ 4 III). In jedem Falle ist der Arbeitgeber bei der Einstellung neuer Arbeitnehmer an die tarifvertraglichen Regelungen gebunden; allein diese Tatsache reicht zur Annahme einer Beeinträchtigung aus¹¹³⁾.

(c) Die Außenseiter - Arbeitgeber wie Arbeitnehmer - können schließlich durch die AVE auch in ihren Rechten beeinträchtigt sein. Das gilt einmal insofern, als mit AVE ein hoheitlicher Eingriff in bestehende arbeitsrechtliche Beziehungen vorgenommen wird; sie werden zwangsweise im Sinne

111) Nachteil hier im Rechtssinne verstanden, wie durchweg.

112) Das leuchtet am deutlichsten ein, wenn der Tariflohn höher als der bisher vereinbarte ist.

113) Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 504; Maus, Handbuch, VII B, Rdnr. 698, Fußn. 635

der Tarifregelung umgestaltet. Darüber hinaus bedeutet es eine Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 305 BGB), daß die Möglichkeit wirksamer Einzelabmachungen für die Zukunft eingeschränkt ist (§ 4 III TVG)¹¹⁴⁾.

Die Außenseiter im Zeitpunkt des Ausspruches bzw. Inkrafttretens der AVE können daher, wenn diese rechtswidrig ist, in ihren Rechten verletzt und somit anfechtungsbefugt sein¹¹⁵⁾.

b) Die "späteren" Außenseiter

Die bisherigen Erörterungen betrafen diejenigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse im Zeitpunkt des Inkrafttretens der AVE in den Geltungsbereich des Tarifvertrages fielen. Nun macht die AVE den Tarifvertrag nicht nur für diejenigen allgemeinverbindlich, die im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens unter seinen Geltungsbereich fallen, sondern auch für alle **z u k ü n f t i g** in diesen Bereich gelangenden und nicht bereits tarifgebundenen Arbeitgeber und -nehmer¹¹⁶⁾. Es bedarf daher der Klärung, ob auch solche Außenseiter anfechtungsbefugt sein können.

Sie werden von der AVE in dem oben dargelegten Sinne betroffen, wenn diese Betroffenheit auch erst nachträglich, d. h. nach Inkrafttreten der AVE, eintritt. Fraglich erscheint, ob bei ihnen eine Beschwerde durch die AVE denkbar ist.

114) Hueck-Nipperdey, a.a.O.; Maus, a.a.O.

115) Jedenfalls im Ergebnis übereinstimmend: Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 503 f.; Nikisch, II, S. 516; Gumpert, BB 54, S. 263, unter III 1 a.E.; Maus, a.a.O.

116) Es ist dies einer der Punkte, an denen gerade auch dogmatische Bedenken gegen die Verwaltungstheorien ansetzen, indem es als zumindest neuartig für das Wesen des Verwaltungsaktes bezeichnet wird, daß jemand noch nachträglich in dessen Wirkungsbereich hineinwachsen könne; vgl. BVerwGE 7, 82(85 f.) = AP Nr. 6 zu § 5 TVG mit Anm. Tophoven, daselbst; Lieb, RdA 57, S. 262; vgl. auch Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 228

(a) Geht der Arbeitnehmer im Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages ein Arbeitsverhältnis ein oder gelangt ein bestehendes aus anderen Gründen in diesen Geltungsbereich, so treten die Tarifbedingungen ipso iure für dieses Arbeitsverhältnis in Kraft, § 4 I TVG¹¹⁷⁾. In diesem Augenblick sind ungünstigere Einzelabmachungen unwirksam und können auch künftig - solange die Allgemeinverbindlichkeit besteht - nicht wirksam erfolgen. Somit ist auch den späteren Außenseitern von nun an die Freiheit genommen, ihre Vertragsbedingungen individuell zuungunsten der Arbeitnehmer auszuhandeln¹¹⁸⁾. Insofern besteht kein sachlicher Unterschied gegenüber den zuvor behandelten Außenseitern, nur daß deren Beschwer zeitlich früher eintritt.

Man kann auch hier nicht einwenden, diese Beeinträchtigung hänge jedenfalls in den Fällen, wo ein neues Arbeitsverhältnis begründet werde, allein vom Willen des Arbeitnehmers ab; er sei ja nicht gezwungen, es einzugehen. Das ist eine rein theoretische Willensfreiheit. Praktisch wird sich dem Arbeitnehmer, der einen bestimmten Beruf ausübt, schon deshalb keine Wahl bieten, weil der Industrieverbandstarif oder der Berufsverbandstarif die Regel geworden, Ausweichmöglichkeiten also nur gering und mit anderen Schwierigkeiten oder Nachteilen verbunden sind. In Krisenzeiten zumal, wo jeder Arbeitnehmer froh sein mag, einen Arbeitsplatz zu haben, kann von Willensfreiheit in dieser Beziehung überhaupt nicht gesprochen werden. Und Krisenzeiten sind, wie die Erfahrungen in der Zeit vor 1933 lehren, durch eine besonders häufige Verwendung des arbeitspolitischen Instrumentes der AVE gekennzeichnet¹¹⁹⁾.

117) Dies kann auch in der Weise geschehen, daß die infolge Spezialität eines anderen allgemeinverbindlichen Tarifvertrages verdrängten, ebenfalls allgemeinverbindlichen Tarifbedingungen wegen Ablaufs jenes Tarifvertrages (wieder) eintreten; vgl. BAG AP Nr. 11 zu § 5 TVG (mit Anm. Nikisch) = BAGE 12, 195

118) Unrichtig daher Nikisch, II, S. 517

119) Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 469 Fußn. 2; Nikisch, II, S. 491

Auch auf seiten des Arbeitgebers ist der Fall des "späteren" Außenseiters möglich. Er tritt beispielsweise da ein, wo ein Unternehmen (Betrieb) oder eine Filiale im Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifnormen neu entsteht oder dorthin verlegt wird. Dann ist der jeweilige Arbeitgeber ipso iure tarifgebunden, d. h. die Tarifnormen gelten jetzt und künftig unabdingbar im Verhältnis zu den Arbeitnehmern.

Somit ist festzuhalten, daß die AVE auch für später betroffene Außenseiter eine Beeinträchtigung darstellen kann und daß es sich um eine Rechtsbeeinträchtigung handelt. Infolgedessen müßten sie durch eine rechtswidrige AVE in ihren Rechten verletzt werden und deren Aufhebung beanspruchen können.

(b) Indessen ist zweifelhaft, ob das Verfahrensrecht die gerichtliche Geltendmachung "späterer" Rechtsverletzungen im Wege der Anfechtungsklage zuläßt, ob mit anderen Worten gegenüber einer derartigen Rechtsverletzung Rechtsschutz geboten wird. Das Bundesverwaltungsgericht¹²⁰⁾ und T o p h o v e n¹²¹⁾ scheinen dies als unausweichliche Konsequenz aus der Verwaltungsakttheorie verneinen zu wollen.

Gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO in Verbindung mit § 68 Abs. 1 Nr. 1 VwGO kann die Anfechtungsklage gegen eine AVE nur innerhalb eines Monats nach ihrer Bekanntgabe (vgl. § 13 DVO/TVG) erhoben werden. Eine Rechtsverletzung kann mithin nicht zeitlich unbegrenzt durch Anfechtungsklage geltendgemacht werden¹²²⁾. Das Gesetz knüpft, indem es diesen Grundsatz verfahrensrechtlich verwirklicht, an den Zeit-

120) In E 7, 82(86) = AP Nr. 6 zu § 5 TVG

121) Anmerkung zu BVerwG, a.a.O.

122) Nur wenn die AVE an so schweren Fehlern leidet, daß sie nichtig ist, kann die Rechtswidrigkeit durch Nichtigkeitsfeststellungsklage zeitlich unbegrenzt geltendgemacht werden; freilich kann dann auch nicht von Rechtsverletzung gesprochen werden, denn ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam. Daß dennoch ein Interesse an der Feststellung seiner Rechtswidrigkeit bestehen kann, ist eine andere Sache.

punkt der Bekanntgabe des Verwaltungsaktes an. Nach Ablauf der Monatsfrist, von diesem Zeitpunkt an gerechnet, wird der Verwaltungsakt - auch der rechtswidrige¹²³⁾ - unanfechtbar. Ein späterer Außenseiter könnte also nur dann in zulässiger Weise Anfechtungsklage erheben, wenn man die Bekanntgabe im Sinne der VwGO in dem Augenblick als erfolgt ansieht, in dem jeweils die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für die unmittelbare Einwirkung der Tarifnormen eintreten¹²⁴⁾. Es liegt auf der Hand, welches Maß von Rechtsunsicherheit damit verbunden wäre¹²⁵⁾. Die Anhänger der (reinen) Verwaltungsakttheorie nehmen das, soweit sie sich der Problematik überhaupt bewußt sind, als unerfreulich hin¹²⁶⁾. Tut man das, so unterstellt man allerdings, daß die Verfasser der VwGO an Verwaltungsakte, in deren Wirkungsbereich jemand noch später geraten kann, nicht gedacht haben. Dann besteht eine Gesetzeslücke, die nur mit Hilfe jener Bekanntmachungsfiktion geschlossen werden kann¹²⁷⁾. Indessen ist keineswegs sicher, daß diese Unterstellung berechtigt ist. Ebenso gut könnte man annehmen, der Gesetzgeber habe in solchen Fällen einen Mangel an Rechtsschutz für später Betroffene in Kauf genommen und dem Grundsatz der Rechtssicherheit geopfert. Das ist offenbar die Ansicht von **B e t t e r m a n n** ¹²⁸⁾, der eine Klagemöglichkeit der späteren Außenseiter verneint hat; er weist darauf hin, daß es zahlreiche Verwaltungsakte gebe, bei denen der später Betroffene sich mit der Unanfechtbarkeit abfinden müsse¹²⁹⁾.

Das Gesagte gilt für diejenigen Außenseiter, für die die AVE bereits unanfechtbar war, als sie in den Geltungsbe-

123) Sofern kein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Vgl. die vorhergehende Fußnote.

124) Darauf weist das BVerwG, a.a.O., hin.

125) Tophoven, a.a.O.

126) So Tophoven in Anm. zu BVerwG, a.a.O.

127) Das wirft dann eine Fülle praktischer Probleme auf; man denke z.B. an die Rechtsmittelbelehrung; vgl. auch **F r o m m**, VerwA 1965, Bd. 56, S. 48

128) RdA 59, S. 250 unter 4 c bb; im Ergebnis mit ihm übereinstimmend **Nikisch**, II, S. 516 f. und offenbar auch **Huber**, II, S. 452

129) Kritisch zu den von **Bettermann** gezogenen Vergleichen **Nipperdey** u. **Heusser**, Rechtsnatur usw., S. 228

reich des Tarifvertrages gelangten. Läuft die Anfechtungsfrist noch¹³⁰⁾, so könnten die späteren Außenseiter jedenfalls noch zulässig anfechten. Es fragt sich, ob dies dann noch der Fall ist, wenn bereits ein anderer Außenseiter Klage erhoben hatte und dieses Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist. Das hängt davon ab, ob die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage auch andere, insbesondere später Betroffene ergreift und nicht nur für das Verhältnis Kläger - Behörde gilt. Doch ist dies eine Frage des subjektiven Wirkungsumfanges des Suspensiveffektes, die an späterer Stelle zu untersuchen sein wird und hier also offengelassen werden muß.

c) Die ehemaligen Außenseiter

Hierunter zu verstehen sind solche Außenseiter, die nach Inkrafttreten der AVE aus dem Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifnormen ausgeschieden sind. Das kann beim Arbeitnehmer in der Form geschehen, daß Arbeitsplatz oder Beruf gewechselt wird. Beim Arbeitgeber kommt der - seltenere - Fall in Frage, daß der Betriebszweck sich ändert¹³¹⁾ oder der Arbeitgeber gar aufhört, tarifgebundene Arbeitnehmer zu beschäftigen, sei es wegen gänzlicher Aufgabe des Betriebes¹³²⁾ oder aus Gründen personeller Einschränkung.

Es fragt sich, ob unter Umständen auch der ehemalige Außenseiter noch eine Anfechtungsbefugnis haben kann. Er war bei Inkrafttreten der AVE durch sie betroffen worden¹³³⁾. Diese Art der Betroffenheit entfällt freilich, wenn die Einwirkung der allgemeinverbindlichen Tarifnormen auf das Arbeitsverhältnis endet.

B e t t e r m a n n hat gemeint¹³⁴⁾, das spätere Ausscheiden sei hinsichtlich der Anfechtungsbefugnis unschäd-

130) Das kann im Falle des § 58 VwGO praktisch werden.

131) Dann entfällt nämlich die Voraussetzung des betrieblichen Geltungsbereiches. Vgl. LAG Bremen, AR Nr. 1 zu § 611 - Mittelbares Arbeitsverhältnis-; a.A. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 4 Rdnr. 64

132) Dann ist er nicht mehr Arbeitgeber i.S. des Arbeitsrechtes; vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb. I, S. 88 Fußn. 1

133) S. oben S. 27 f.

134) RdA 59, S. 250 unter 4 c aa

lich, wenn und solange noch Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis streitig oder offen sind, für deren Beurteilung der allgemeinverbindliche Tarifvertrag maßgebend sei. Dem liegt die Überlegung zugrunde, daß auch die Ausgeschiedenen von der AVE noch betroffen sein können, solange nämlich, wie Ansprüche oder Verpflichtungen vorhanden sind, deren Entstehung, Inhalt und Beendigung tariflich geregelt waren.

Bewirkt ein hoheitlicher Eingriff in zivilrechtliche Beziehungen die Entstehung und/oder Gestaltung von zivilrechtlichen Ansprüchen, so wirkt dieser Eingriff fort, solange solche Beziehungen bestehen, solange also Ansprüche noch geltendgemacht werden können. In dieser Fortwirkung kann eine Betroffenheit liegen, weshalb B e t - t e r m a n n für die AVE insoweit gefolgt werden muß.

Es ist weiter zu untersuchen, ob die ehemaligen Außenseiter auch nach ihrem Ausscheiden noch durch die AVE beeinträchtigt werden können. Bei den Arbeitgebern läßt sich das ziemlich einfach vorstellen, wie das folgende einfache Beispiel erweist: Ein Lohntarifvertrag ist für allgemeinverbindlich erklärt worden. Dadurch sind gemäß § 4 III TVG alle den Arbeitnehmern ungünstigeren einzelvertraglichen Lohnabmachungen unwirksam geworden und können nicht mehr wirksam getroffen werden. Darin wird, wie dargelegt, regelmäßig eine Rechtsbeeinträchtigung der betroffenen Arbeitgeber liegen. Entweder ist der tarifliche Lohn höher, oder es kann zumindest kein niedrigerer vereinbart werden ¹³⁵⁾. Der Arbeitgeber scheidet aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrages aus, während noch rückständige Tariflohnforderungen offen sind. Dann wirkt hierin die Rechtsbeeinträchtigung für den Arbeitgeber fort.

Im Fall der Arbeitnehmer fällt es schwerer, eine in Gestalt von offenen Ansprüchen oder Verbindlichkeiten fortbestehende (Rechts)Beschwer zu konstruieren. Ausgeschlossen ist sie aber auch hier nicht. Sie kommt beispielsweise

¹³⁵⁾ Vgl. oben S. 32 f.

in Betracht, wenn von der Höhe des Lohnes andere Rechte und Pflichten abhängen (Versicherungsbeiträge, Lohnsteuer u.a.); wenn also etwa der (höhere) Tariflohn eine versicherungsrechtliche Veränderung, u. U. Verschlechterung zur Folge haben kann und hierüber Streit besteht. Doch werden derartige Fälle praktisch kaum zur Anfechtung einer AVE führen.

Überdies wird das Problem der ehemaligen Außenseiter seiner praktischen Bedeutung weitgehend entkleidet durch den Zwang für den Kläger, die Monatsfrist des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO einhalten zu müssen. Aktuell werden kann die Frage ihrer Anfechtungsbefugnis daher nur bei solchen Außenseitern, die zwischen Inkrafttreten der AVE und Ablauf der Klagefrist aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrages ausgeschieden sind¹³⁶⁾. War die Klage bereits erhoben, als der Kläger ausschied, so muß seine Beschwerde noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein.

(2) Die Anfechtungsbefugnis der Außenseiter gegen die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit (§ 5 V TVG)

Keine Anfechtungsbefugnis können die Außenseiter gegenüber der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit haben, wenn man die AVE mit der Doppelnatur-Lehre im Verhältnis zu ihnen als Akt der Rechtssetzung und nicht als Verwaltungsakt ansieht. Dann ist nämlich der actus contrarius, die Aufhebung der AVE, insoweit auch Rechtssetzungsakt¹³⁷⁾. Dagegen gibt es nach geltendem Recht keine verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage¹³⁸⁾. Wer jedoch in der AVE einen anfechtbaren Verwaltungsakt im Verhältnis zu den Außenseitern sieht, muß folgerichtig auch die Aufhebung als Verwaltungsakt betrachten¹³⁹⁾. Dann entsteht auch insofern die Frage der Anfechtungsbefugnis.

136) es sei denn, die AVE ist bereits von einem anderen Außenseiter angefochten, und der Suspensiveffekt wird pro et contra omnes. Vgl. oben S. 37 f.

137) Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 738 unter 5 a; bei Nipperdey-Heussner, Rechtsnatur usw., und Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, wird auf die Rechtsnatur der Aufhebung überhaupt nicht eingegangen.

138) BVerwGE 7, 188 = AP Nr. 7 zu § 5 TVG

139) Bettermann, RdA 59, S. 252 unter V 1

Ob die Außenseiter durch die Aufhebung betroffen werden, richtet sich nach deren Wirkung. Das Gesetz enthält keinen dem § 5 IV TVG für die AVE entsprechenden Hinweis auf die Wirkungen der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit. Infolgedessen liegt es nahe, die Aufhebungswirkung zu beschreiben als Beendigung der Wirkungen der AVE: Die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter unterliegen nicht mehr unmittelbar und zwingend den Tarifvertragsnormen. Das wiederum könnte zweierlei bedeuten. Man könnte den Standpunkt vertreten, die Tarifbedingungen gelten überhaupt nicht mehr, weder unabdingbar noch abdingbar; dies wäre eine Konsequenz aus der Qualifizierung der Aufhebung als *actus contrarius* zur AVE. Indessen geht die in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Lehre herrschende Meinung dahin, eine *Nachwirkung* der Tarifnormen entsprechend § 4 V TVG auch für die Außenseiter anzunehmen¹⁴⁰⁾. Dann bedeutet die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit Aufhebung der Unabdingbarkeit; die Außenseiter erlangen wieder die Freiheit, im Geltungsbereich der Tarifvertragsnormen wirksam abweichende, auch den Arbeitnehmern ungünstigere Einzelabmachungen zu treffen¹⁴¹⁾. Im Rahmen dieser Untersuchung kommt eine Auseinandersetzung mit dieser Auffassung nicht in Frage. Sie ist jedenfalls zu beachten. Dabei gelangt man hinsichtlich der Betroffenheit der Außenseiter zu folgenden Resultaten.

Die Außenseiter werden durch die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit betroffen. Ihre Arbeitsverhältnisse unterliegen nicht mehr zwingend den Tarifnormen, können infolgedessen im Rahmen der Gesetze inhaltlich individuell gestaltet werden.

Ob die Außenseiter auch beschwert sein können, ist getrennt für Arbeitnehmer und -geber zu untersuchen.

140) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 45; Nikisch, II, S. 391f. sowie in Anm. zu BAG AP Nr. 11 zu § 5 TVG (= E 12, 194 = NJW 62, S. 1314); Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 499; Sitzler, AR-Blattei, Tarifvertrag X, Allgemeine Verbindlichkeit, F III

141) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Nikisch, II, S. 392

Die infolge AVE allgemeinverbindlichen Mindestarbeitsbedingungen verlieren durch die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit lediglich ihren Charakter als M i n d e s t -bedingungen, denn § 4 III TVG gilt nicht mehr. Die Tarifnormen gelten zunächst weiter. Insofern können die Arbeitnehmer nicht beschwert sein. Es fragt sich aber, ob der Wegfall der Unabdingbarkeit die Stellung der Außenseiter - Arbeitnehmer beeinträchtigen kann. Dazu muß man sich die Konsequenzen dieses Wegfalls vor Augen führen. Fehlt den Tarifnormen hinsichtlich der Außenseiter die Unabdingbarkeit, so können sie für die Zukunft einzelvertraglich durch andere Bedingungen, auch zuungunsten der Arbeitnehmer, ersetzt werden. Damit kann der Arbeitnehmer im Einzelfall einverstanden sein; doch spricht eine Vermutung dagegen, daß sich der durchschnittliche Arbeitnehmer darauf einlassen wird. Dem Versuch des Arbeitgebers, im Wege der (Änderungs-) Kündigung Druck auf ihn auszuüben mit dem Ziel, ihn zum Abschluß einer ungünstigeren Abmachung zu veranlassen, wird zumeist der gesetzliche Kündigungsschutz entgegenstehen ¹⁴²⁾. Nur soweit die Bestimmungen, insbesondere des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) nicht zum Zuge kommen ¹⁴³⁾, könnte die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit eine Beeinträchtigung bedeuten, sonst nicht.

Es fragt sich weiter, in welchen Rechten die nicht den Kündigungsschutz genießenden Außenseiter beeinträchtigt werden können. Die Antwort ergibt ein Vergleich ihrer Rechtsstellung nach AVE und nach Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit. Würde vor Aufhebung ein Arbeitgeber kündigen mit dem Ziele, den Arbeitnehmer zur Vereinbarung einer ungünstigeren Regelung zu bewegen, so würde diese Kündigung - wenn sie nicht schon wegen Verstoßes gegen allgemeinverbindliche

142) Es kann allerdings sein, daß der Arbeitgeber wegen dringender betrieblicher Erfordernisse zur Neuregelung der Arbeitsverhältnisse gezwungen ist; dann können die erforderlichen Kündigungen sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 KSchG sein. Vgl. BAG 6, 1 ff. = NJW 58, S. 1156; BAG NJW 64, S. 1921

143) also entweder in Fällen wie Fußn. 142 und bei Arbeitnehmern, die weniger als 6 Monate in dem Betrieb beschäftigt sind, § 1 I KSchG.

Bedingungen über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses unwirksam wäre - ins Leere stoßen, auch wenn der Arbeitnehmer mit ihr einverstanden wäre¹⁴⁴⁾. Das ergibt sich aus § 4 III TVG, der die Wirksamkeit für den Arbeitnehmer ungünstigere Regelungen grundsätzlich versagt. Gilt aber § 4 III TVG für die Außenseiter[>] nicht mehr[<] nach Aufhebung der AVE¹⁴⁵⁾, so hätte eine Änderungskündigung, fehlt es an Kündigungsschutz, durchaus ihren Sinn: Geht der Arbeitnehmer auf die ihm angebotenen Bedingungen nicht ein, endet sein Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist. Seine Rechtsstellung kann sich mithin durch die Aufhebung der AVE verschlechtern. Das wäre eine Rechtsbeschwer. Bei Außenseitern, die keinen Kündigungsschutz genießen¹⁴⁶⁾, ist daher eine Anfechtungsbefugnis gegenüber der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit denkbar.

Für den Arbeitgeber stellt sich die Lage naturgemäß anders dar. Mit dem Ende der unabdingbaren Wirkung der Tarifnormen gewinnt er die Freiheit wieder, mit seinen Arbeitnehmern ihnen ungünstigere Abmachungen zu treffen. Das wirkt sich insbesondere für den Abschluß neuer Arbeitsverträge aus. Die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit ist für den Arbeitgeber somit nicht belastend, sondern lediglich vorteilhaft. Eine Anfechtungsbefugnis kommt daher für ihn nicht in Betracht.

(3) Die Anfechtungsbefugnis der Außenseiter bei
Ablehnung des Antrages auf AVE

Zunächst ist wieder zu fragen, ob die Außenseiter durch die Ablehnung überhaupt betroffen werden.

Ist die AVE nach der Lehre von der Doppelnatur den Außenseitern gegenüber ein unselbständiger staatlicher Mitwirkungsakt bei der Rechtssetzung, also kein Verwaltungsakt,

144) Die AVE hindert als solche niemand, wirksam zu kündigen, es sei denn, es sind (gerade auch) kündigungser schwerende Normen allgemeinverbindlich!

145) Jetzt wären auch kündigungser schwerende Tarifnormen dispositiv!

146) Vgl. Fußnoten 141 u. 142 auf S. 41 f.

dann kann auch die Ablehnung des Antrages eines Außenseiters auf AVE kein Verwaltungsakt, sondern nur ein (negativer) Rechtssetzungsakt sein¹⁴⁷⁾. Dieser ist mit der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage nicht angreifbar¹⁴⁸⁾. Abgesehen hiervon würde es jedenfalls an einer Rechtsbeschwerde fehlen. Die Außenseiter hätten kein Recht, das durch die Ablehnung beeinträchtigt werden könnte. Denn ihnen steht nach dem Gesetz kein förmliches Antragsrecht zu wie den Tarifvertragsparteien, und mangels eines solchen haben sie keinen Anspruch auf Vornahme eines Rechtssetzungsaktes in Gestalt der AVE oder der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit¹⁴⁹⁾. Eine Anfechtungsbefugnis der Außenseiter käme hiernach nicht in Frage¹⁵⁰⁾.

Ist jedoch die AVE ein anfechtbarer Verwaltungsakt gegenüber den Außenseitern, dann ist es auch die Ablehnung des Antrages auf Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit¹⁵¹⁾. Sie werden dadurch betroffen, wenn sie den Antrag gestellt haben, und auch beschwert: Ob die Allgemeinverbindlichkeit ausgesprochen (bzw. aufgehoben) wird oder nicht, hat Bedeutung für die Gestalt und Gestaltung ihrer Arbeitsverhältnisse und damit für die materielle Grundlage ihrer Existenz. Die Ablehnung der AVE kann ihren wirtschaftlichen Interessen erheblich zuwiderlaufen. Indessen werden diese durch die Regelung des § 5 TVG nicht zu rechtlichen Interessen im Sinne einer verletzbaren Rechtsstellung¹⁵²⁾.

Infolgedessen wird den Tarifaußenseitern offenbar auch von keinem Vertreter der Verwaltungsakttheorie eine Anfech-

147) Im Ergebnis hierin übereinstimmend die modifizierte Normtheorie: die Ablehnung sei zwar kein Rechtssatz (wie die AVE), aber auch kein Verwaltungsakt, sondern negativer Rechtssetzungsakt; vgl. Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 738 f.

148) wohlgemerkt für die Außenseiter!

149) Vgl. BVerwGE 7, 188 = AP Nr. 7 zu § 5 TVG

150) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5, RdNr. 53

151) Bettermann, RdA 59, S. 251 unter IV; vgl. auch Schnorr in AR-Blattei, Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 1, b

152) Auch § 5 II TVG gibt ihnen ein Anhörungsrecht nur, weil sie von der AVE oder ihrer Aufhebung betroffen werden.

tungsbefugnis ¹⁵³⁾ zugebilligt ¹⁵⁴⁾.

Allerdings wird dabei die Möglichkeit außer acht gelassen, daß wenigstens ein Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Antrag bestehen könnte. Ein solches kommt nämlich im Falle des Antrages auf Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit in Betracht, wenn und soweit diesbezüglich ein Verhaltens- und/oder Beurteilungsermessen eingeräumt ist, was noch geprüft werden soll ¹⁵⁵⁾. Hingegen entfällt diese Möglichkeit jedenfalls im Falle eines Antrages auf Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit; denn hier hat der Arbeitsminister nach dem TVG gar keine andere rechtliche Möglichkeit als die sofortige Ablehnung eines derartigen Antrages. Er kann die Allgemeinverbindlichkeit (nur) auf Antrag einer Tarifvertragspartei aussprechen, wie vorwegzunehmen ist ¹⁵⁶⁾.

2. Die Anfechtungsbefugnis der Tarifvertragsparteien (Tarifbeteiligten)

Die Prüfung, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen den Tarifbeteiligten eine Anfechtungsbefugnis zustehen kann, hat notwendigerweise zur Voraussetzung, daß man Ausspruch, Aufhebung und Ablehnung des Ausspruches und der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit als anfechtbare Verwaltungsakte für sie ansieht. Das ist nun - ausdrücklich oder unausgesprochen - bei den Verwaltungsakttheorien ebenso der Fall wie bei der Lehre von der Doppelnatur der AVE. Doch ist diese Gemeinsamkeit äußerlich und beruht auf unterschiedlichen Auffassungen über das Wesen dieses Institutes. Verschiedenheiten treten gerade hinsichtlich der Beurteilung der Stellung der Tarifvertragsparteien zur AVE zutage. So wendet sich die AVE, den Lehren von B o g s und H e r s c h e l zufolge ¹⁵⁷⁾ ebenso wie nach der

153)geschweige denn eine Sachlegitimation für die Verpflichtungsklage!

154)Vgl. Nikisch, II, S. 518; Hueck-Nipperdey-Tophoven, TVG (3. Aufl.), § 5 Rdnr. 57

155)Vgl. dazu den folgenden Paragraphen.

156)Vgl. dazu das Folgende.

157)Vgl. oben S. 6

Doppelnaturlehre als Mitwirkungsakt des Staates bei autonomer Rechtssetzung nur an die Tarifvertragsparteien ¹⁵⁸⁾, während die "reine" Verwaltungsakttheorie die AVE als sogenannte Allgemeinverfügung, gerichtet an die Tarifaußenseiter, versteht ¹⁵⁹⁾.

Für die folgende Untersuchung ist zwar die "Richtung" der AVE nicht wesentlich, weil für die Frage der Rechtsverletzung nicht maßgeblich. Bedeutsam werden jedoch die zugrundeliegenden Gesichtspunkte.

(1) Die Anfechtungsbefugnis der Tarifpartner gegenüber der AVE

Die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages wird gemäß § 5 I TVG auf Antrag - mindestens - einer der Tarifbeteiligten ausgesprochen; häufig stellen beide Tarifvertragsparteien den Antrag gemeinsam, was zulässig ist. Handelt es sich um einen einfachen Tarifvertrag, an dem auf jeder Seite nur ein Verband bzw. beim Firmen- oder Betriebs-tarif auf der einen Seite eine Gewerkschaft und auf der anderen ein Arbeitgeber stehen, so sind in diesem Falle beide Seiten Antragsteller.

Bei einem sogenannten mehrgliedrigen Tarifvertrag oder bei einem Anschlußtarifvertrag kann jeder der auf einer Seite Tarifbeteiligten unabhängig von den übrigen die AVE beantragen, sofern nichts anderes zwischen ihnen vereinbart wurde ¹⁶⁰⁾. Es kann dann also allein auf einer Seite antragstellende und andere Tarifbeteiligte geben.

Nach der gesetzlichen Regelung hat man somit hinsichtlich des Verhältnisses zur AVE zwei Arten von Tarifbeteiligten zu unterscheiden: die Antragsteller und die "anderen".

Es liegt nahe, in Übereinstimmung mit der Bedeutung, die ihnen das Gesetz zuweist, zuerst die Anfechtungsbefugnis

¹⁵⁸⁾ Vgl. oben S. 7 f.

¹⁵⁹⁾ Vgl. oben S. 5 f.

¹⁶⁰⁾ Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 1 Rdnr. 18, 19; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 314 f.; Nikisch, a.a.O., S. 506 und Fußn. 18 daselbst

der Antragsteller zu erörtern. Es erweist sich jedoch methodisch als zweckmäßiger, vorab mit den "anderen" Tarifbeteiligten zu beginnen.

a) Die Anfechtungsbefugnis der "anderen"
Tarifbeteiligten gegenüber der AVE

Nach dem Gesetz muß mindestens einer der Tarifpartner einen Antrag auf AVE stellen, wenn die Allgemeinverbindlichkeit ausgesprochen werden soll. Die ohne gültigen Antrag eines der Tarifbeteiligten erlassene AVE ist nach allgemeiner Ansicht rechtswidrig¹⁶¹⁾. Obwohl dieser Fall praktisch selten vorkommen mag¹⁶²⁾, muß er doch der Vollständigkeit halber erwähnt werden. Dies soll gleich zu Anfang geschehen, weil sich dabei bereits Gesichtspunkte für die folgenden Erörterungen ergeben.

Zunächst fragt sich auch hier wieder, ob die Parteien des ohne ihren Antrag für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages durch die AVE betroffen werden. Das ist der Fall. Ihre Betroffenheit liegt darin, daß der von ihnen lediglich für ihre Mitglieder verbindlich abgeschlossene Tarifvertrag zufolge AVE ohne oder gar gegen ihren Willen auch für andere Geltung erhält.

(a) Die Tarifvertragsparteien werden dadurch auch beschwert.

Das zeigt ein Blick auf die gesetzliche Regelung. Der Gesetzgeber schreibt vor, daß die AVE auf Antrag einer der Tarifvertragsparteien ergehen kann. Er setzt damit voraus, ja unterstellt geradezu, daß diese ein Interesse an der AVE "ihres" Vertrages haben können¹⁶³⁾. Welcher Art dieses Interesse ist, ergibt sich aus den Motiven für die Einführung des Institutes der AVE.

161) Allerdings ist streitig, ob diese Rechtswidrigkeit Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit bewirkt; vgl. dazu weiter unten. Hier soll deshalb zunächst davon ausgegangen werden, daß die ohne wirksamen Antrag erlassene AVE nicht schlechthin nichtig ist.

162) So Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 54

163) Musa, BB 66, S. 82 (86)

Es ist in erster Linie für Zeiten wirtschaftlicher und/oder sozialer Notstände gedacht. Kommt dann hinzu, daß im Geltungsbereich eines Tarifvertrages die Zahl der Außenseiter groß ist, dann kann sich die subjektive Beschränkung der Verbindlichkeit des Tarifvertrages auf die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und damit auf die Wirkung des Vertrages selbst sehr nachteilig auswirken. Dies gilt für die Arbeitgeber, weil sie damit rechnen müssen, daß ihre nicht-tarifgebundenen Konkurrenten ihnen unter Ausnutzung untertariflicher Arbeitsbedingungen - vornehmlich also der Löhne - auf die Dauer untragbaren (ruinösen) Wettbewerb machen. Es gilt zugleich für die Arbeitnehmer, weil bei diesen die Außenseiter sie durch geringere Ansprüche gegenüber den Arbeitgebern unterbieten und auf diese Weise allmählich aus ihren Arbeitsstellen verdrängen können, mit nur geringer Aussicht, einen neuen gleichwertigen Arbeitsplatz zu finden. Dann wird die Wirksamkeit und damit der Bestand des Tarifvertrages u.U. selbst erschüttert, weil beide Seiten bestrebt sein werden, mit Außenseitern und zu untertariflichen Bedingungen zu kontrahieren; die Arbeitgeber, um billigere Arbeitskräfte zu bekommen, die Arbeitnehmer, um ihren Arbeitsplatz zu halten oder überhaupt einen zu bekommen. Infolgedessen können die Tarifvertragsparteien ein erhebliches eigenes Interesse daran haben, einer solchen Entwicklung durch AVE entgegenzuwirken ¹⁶⁴⁾.

Stellen Tarifvertragsparteien keinen Antrag auf AVE, so muß man hieraus den Schluß ziehen, daß sie dieses Interesse - aus welchem Grund auch immer - nicht haben; sie wollen die AVE "ihres" Vertrages nicht ¹⁶⁵⁾. Diese Schlußfolgerung wird allerdings auf den Widerspruch desjenigen stoßen, der, wie das bei B o g s ¹⁶⁶⁾ und H e r s c h e l ¹⁶⁷⁾ geschieht, grundsätzlich den Wunsch und Willen der Vertrags-

164) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 468 ff.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 1; Nikisch, II, S. 197

165) Vgl. Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 490

166) Festschrift für J. v. Gierke, S. 39 (60 ff.); derselbe RdA 56, S. 1 (4 f.)

167) Festschrift für Bogs, S. 125 (131, 135); vgl. aber auch Herschel in AuR 66, S. 195, 197

partner schon bei Vertragsabschluß unterstellt, Arbeitsbedingungen für alle, "die es angeht" zu schaffen ¹⁶⁸⁾. Das würde ebenso grundsätzlich die Annahme eines Desinteresses an einer AVE oder gar ihre Ablehnung ausschließen. Ob diese Unterstellung theoretisch und dogmatisch richtig ist, soll hier nicht untersucht werden. Aber selbst wenn man ihr folgt, so steht sie - als Grundsatz - der Annahme einer gegenteiligen Einstellung der Vertragsparteien im Einzelfall auch theoretisch nicht entgegen. Jedenfalls hat sie sich in der Praxis nicht erwiesen; vielmehr kommt es oft vor, daß kein Antrag auf AVE gestellt wird, auch wenn die AVE an sich möglich wäre, oder daß nur einer der Tarifbeteiligten einen Antrag stellt. Im letztgenannten Fall ist das dann sogar ein Anzeichen für entgegengesetztes Interesse der anderen. Ein solches ist auch wegen des häufig anzutreffenden und natürlichen Verbandsegoismus nicht absurd: Die Vertragsparteien können sehr wohl ein Interesse daran haben, daß andere als Organisierte nicht in den Genuß der von ihnen ausgehandelten Bedingungen kommen ¹⁶⁹⁾. Das muß nicht immer so sein; es kann aber so sein, wenn die AVE nicht beantragt wird ¹⁷⁰⁾. Es kann infolgedessen auch sein, daß eine trotzdem ausgesprochene Allgemeinverbindlichkeit eines Vertrages gegen die Interessen einer Tarifpartei verstößt, sie also beschwert.

(b) Weitere Voraussetzungen für ihre Anfechtungsbefugnis ist, daß die - antraglose - AVE sie in ihren Rechten verletzt.

In Betracht kommt zunächst das Antragsrecht, d.h. das Recht, ein Verfahren auf AVE in Gang setzen zu können. Aber die antraglose AVE kann dieses Recht begrifflich überhaupt

168) Kritisch dazu Nikisch, a.a.O., S. 490 und Fußn. 8 dasselbst; Bötticher, BB 65, S. 1079, Fußn. 8

169) Die in letzter Zeit entstandene und noch anhaltende Diskussion um Zulässigkeit und Problematik von Tarifausschlußklauseln und der Zuwendung von Sondervorteilen an Organisierte auf dem Weg über gemeinsame Einrichtungen der Tarifpartner ist eine Bestätigung der Realität dieser Annahme!

170) Musa, a.a.O.; vgl. auch Herschel, AuR, a.a.O.

nicht verletzen. Mit dem Antrag soll etwas verlangt werden können. Mit dieser AVE wird etwas gewährt, was gar nicht verlangt war. Die Behörde tut also mehr als verlangt, sie tut ohne Verlangen etwas. Darin könnte eine Rechtsbeeinträchtigung der Tarifbeteiligten nur liegen, wenn man im Antragsrecht den besonderen Ausdruck einer ihnen eingeräumten umfassenden Rechtsstellung sieht, wenn man das Antragsrecht also nicht (nur) positiv als das Recht der Initiative begreift ¹⁷¹⁾, sondern (auch) negativ als das Recht, das jede andere Initiative ausschließt und insbesondere die der Behörde. Selbst wenn man den auf dem Boden einer sogenannten erweiterten Autonomie gewachsenen Theorien nicht zu folgen vermag, wird man doch zugeben müssen, daß die rechtlichen Erzeugnisse der Autonomie der Tarifpartner sowohl nach § 3 II TVG als auch nach § 5 IV TVG über den Verbandsbereich hinaus Geltung zu erlangen vermögen. In dem hier interessierenden Fall der AVE kann das allerdings nicht ohne besondere staatliche Mithilfe geschehen. Der Staat behält sich immer vor, ob er dem autonomen Tarifvertragsrecht allgemeinere Geltung verschaffen will. Wenn er es aber will, so kann er dies nur auf Wunsch und Initiative der Vertragsparteien tun ¹⁷²⁾. Macht er bewußt seine Tätigkeit hiervon abhängig ¹⁷³⁾, so läßt er zuerst die Tarifvertragsparteien über die Notwendigkeit der Allgemeinverbindlichkeit entscheiden. Sie haben nicht nur das Recht, die AVE zu beantragen und somit eine Entscheidung darüber zu verlangen, sie haben kraft ihrer Stellung nach dem Gesetz zugleich das Recht zu verlangen, daß die AVE nicht ohne i h r e n Antrag erlassen wird. Geschieht dies dennoch, so ist die AVE nicht nur rechtswidrig, sie kann die Tarifpartner auch in ihren Rechten verletzen ¹⁷⁴⁾.

171) So mit Recht BVerwGE 7, 188 = AP Nr. 7 zu § 5 TVG

172) Vgl. Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 235 unter b); Schnorr v. Carolsfeld, S. 71; Nikisch, a.a.O., S. 513; vgl. auch Bötticher, a.a.O., S. 1079: das Initiativrecht der Tarifvertragsparteien sei eine Konsequenz der Tarifautonomie.

173) Diese Abhängigkeit geht nach der anderen Seite ja so weit, daß sie auch hinsichtlich der Dauer der Wirkung dieser staatlichen Tätigkeit vorgesehen ist. Vgl. § 5 V Satz 3 TVG (= § 5 IV Satz 3 BerlTVG); Bötticher, a.a.O.

174) Aus der Natur dieses Rechts folgt aber, daß nur die

b) Die Frage der Anfechtungsbefugnis stellt sich weiter bei den Tarifbeteiligten eines auf Antrag für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages, die selbst keinen Antrag gestellt haben. Zur Frage der Betroffenheit gilt hier entsprechend, was oben¹⁷⁵⁾ für beide Tarifpartner bei fehlendem Antrag ausgeführt wurde. Die von ihnen mitvereinbarten Bedingungen gelten plötzlich nicht mehr nur für die kraft Verbandszugehörigkeit bzw. gemäß § 3 II TVG Tarifgebundenen, sondern für alle Außenseiter. Damit ist eine subjektive Beziehung im Sinne der Betroffenheit zwischen den anderen Tarifbeteiligten und der AVE hergestellt.

Es kann ferner sein, daß diese AVE eine Interessenbeeinträchtigung darstellt, wenn nämlich die Tatsache, daß die Tarifpartner nicht (auch) den Antrag gestellt hat, auf einen entgegengesetzten Willen zurückzuführen ist, mit anderen Worten, die AVE des Tarifvertrages nicht ihren Interessen entspricht. Die Möglichkeit der Interessenbeeinträchtigung einer Vertragspartei durch die AVE wird denn auch vielfach bejaht¹⁷⁶⁾. Die Regelung der §§ 4, 6 und 13 DVG/TVG¹⁷⁷⁾ trägt dem Rechnung; dort sind gerade gegenüber den Tarifbeteiligten besondere Pflichten der Behörde festgelegt.

Hingegen ist zweifelhaft, ob durch den Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit eine Tarifvertragspartei in ihren Rechten beeinträchtigt werden kann. Die meisten Vertreter der bisher herrschenden Verwaltungsakttheorie, derzufolge die AVE an die Außenseiter gerichtet ist, verneinen dies¹⁷⁸⁾.

trotz fehlenden oder unwirksamen Antrages ergangene rechtswidrige AVE es verletzen kann. Denn anders als im Falle der betroffenen Außenseiter liegt die Rechtsverletzung hier in der Tatsache der staatlichen Initiative (Ausspruch), nicht in deren Wirkung (Allgemeinverbindlichkeit).

175) S. 47

176) Nikisch, II, S. 516; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 504; Hueck-Nipperdey-Tophoven, TVG (3. Aufl.), § 5 Rdnr. 56; Bettermann, RdA 59, S. 250 unter d; Spanner, DÖV 65, S. 154 (158); BVerwGE 7, 82(85); 188; zweifelnd Ule, Verwaltungsgeschäftsbarkeit, § 42 III 1 b (S. 124)

177) In Berlin: §§ 3, 5 und 11 DVG/BerlTVG

178) Nikisch, a.a.C.; Hueck-Nipperdey-Tophoven, a.a.C.; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, a.a.C.; insoweit übereinstimmend BVerwGE 7, 82(85) = AP Nr. 6 zu § 5 TVG; E 7, 188 = AP Nr. 7 zu § 5 TVG; Bettermann, a.a.C.; Spanner, a.a.C.; vgl. auch OVG Berlin, AP Nr. 3 zu § 5 TVG

Gegenmeinungen blieben vereinzelt und in ihren Begründungen mehr oder minder vage¹⁷⁹⁾. Das hat sich geändert, seitdem die Neigung wächst, die AVE als einen an die Tarifpartner gerichteten Verwaltungsakt zu begreifen. Dies geschieht dort, wo die Tarifpartner als Mitwirkende bei der Rechtssetzung für die Außenseiter betrachtet^{werden} und die AVE dementsprechend als staatlicher Mitwirkungsakt aufgefaßt wird. Nach der Doppelnaturlehre sollen die Tarifvertragsparteien als Mitwirkende bei der Rechtssetzung in jedem Fall eine auch durch AVE verletzbare Rechtsstellung haben¹⁸⁰⁾; sie würden in "ihrem verfassungsmäßigen Recht, in erster Linie die Lohn- und Arbeitsbedingungen unter bestimmten Voraussetzungen auch für die Außenseiter zu regeln", beeinträchtigt¹⁸¹⁾. Und noch deutlicher: Werde eine AVE erlassen, so würde die Koalition, die diese staatliche Maßnahme nicht beantragt habe, in ihrem "Recht auf Beteiligung an der Selbstgesetzgebung (Autonomierecht)" berührt¹⁸²⁾. Selbst wenn man aber von dem "subjektiv-öffentlichen Recht" der Koalitionen auf Selbstgesetzgebung absehen wolle, müsse, so meinen die Anhänger dieser Lehre, ein "rechtliches Interesse"¹⁸³⁾ angenommen werden, weil die Tarifvertragsparteien an dem Verwaltungsverfahren der AVE zu beteiligen seien; ein rechtlich geschütztes Interesse reiche für § 42 Abs. 2 VwGO aus¹⁸⁴⁾. Teilt man die dogmatische Grundauffassung von der AVE, derzufolge den Tarifvertragsparteien ein Mitwirkungsrecht an der Rechtssetzung zusteht, so erscheint es folgerichtig, ein durch nichtgewollte AVE ver-

179) Vgl. Huber, II, S. 452; Sitzler, AR-Blattei, Tarifvertrag X, Allgemeinverbindlichkeit, E V 2: "Anfechtungsberechtigt sind die durch die Entscheidung beschwerten Verbände"; Gumpert, BB 54, S. 263 unter III 1

180) Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 234; zurückhaltender Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 53 a.E.; dagegen Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 740 ff.

181) Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 234 f.; ablehnend Bettermann, a.a.O.

182) Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 235; ablehnend Bettermann, a.a.O.

183) Gemeint ist wohl "rechtlich geschütztes Interesse", wie folgende Formulierungen erkennen lassen.

184) Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 235; ablehnend Spanner, DÖV 65, S. 158

letzbares Recht anzunehmen. Lehnt man diese Lehre oder wenigstens die daraus für die Anfechtungsbefugnis der Tarifbeteiligten gezogenen Folgerungen ab, dann fragt sich, ob eine Rechtsstellung wenigstens aus anderen Gesichtspunkten hergeleitet werden kann.

Es versagt der Rückgriff auf das Antragsrecht und die damit verliehene Rechtsposition. Das Antragsrecht besagt, wie dargelegt¹⁸⁵⁾, daß keine AVE ohne Antrag eines der Tarifbeteiligten erlassen werden darf; geschieht dies dennoch, dann ist die AVE nicht nur rechtswidrig, sie verletzt auch die Rechte der Tarifbeteiligten. Dagegen können diese Rechte niemals dadurch verletzt werden, daß eine AVE auf Antrag eines Tarifpartners ergeht, aber aus anderen Gründen rechtswidrig ist.

So bleibt zu prüfen, ob den "anderen" Tarifparteien ein Recht auf Einhaltung der Vorschriften über den Erlass der AVE zusteht, wie N i p p e r d e y und H e u s s - n e r meinen¹⁸⁶⁾; sie wollen dies aus dem Umfang und Inhalt der formellen Beteiligung der Koalitionen am Verwaltungsverfahren herleiten¹⁸⁷⁾.

Ein Blick auf § 5 II TVG zeigt zunächst einmal, daß dort den "anderen" Tarifbeteiligten als solchen keine verfahrensmäßige Sonderstellung eingeräumt wird; sie werden noch nicht einmal erwähnt, kommen also allenfalls in Betracht als "Gewerkschaften und Vereinigungen der Arbeitgeber", die am "Ausgang des Verfahrens" interessiert sind. Insoweit genießen sie keinerlei Vorzug. Indessen hat der Gesetzgeber sie an anderer Stelle einer Sonderregelung gewürdigt, nämlich in der DVO/TVG. Die Behörde ist nach § 4 Abs. 1 Satz 4 DVO¹⁸⁸⁾ verpflichtet, den(!) Tarifvertragsparteien unverzüglich die Bekanntmachung über den Eingang des Antrages im Wortlaut zu übermitteln; gemäß Satz 5 sind die ("anderen")

185) Oben S. 49 f.

186) A.a.O., S. 235

187) A.a.O.: Diese Überlegung scheint auch bei Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 53 ff. maßgebend zu sein, wie die Aufzählung der in Betracht kommenden Anfechtungsgründe andeutet.

188) In Berlin: § 3 I Satz 3 DVO/BerlTVG

Tarifparteien zur Stellungnahme innerhalb einer bestimmten Frist aufzufordern. Sie sind ferner über die erfolgte AVE, über deren öffentliche Bekanntmachung und von der Eintragung in das Tarifregister zu verständigen (§§ 6, 13 DVO)¹⁸⁹⁾. Angesichts dieser Sonderbehandlung gewinnt auch die Bestimmung des § 5 II TVG hinsichtlich der "anderen" Tarifbeteiligten ein verändertes Gesicht. Infolgedessen erscheint es notwendig, bereits in diesem Zusammenhang auf die Bedeutung des § 5 II TVG unter besonderer Berücksichtigung der Tarifvertragsparteien einzugehen.

§ 5 II TVG beinhaltet - lediglich - ein Gehörsgebot für die Behörde und somit ein Anhörungsrecht auf seiten der dort Genannten. Er bestimmt, daß ihnen Gelegenheit zu schriftlicher wie mündlicher Stellungnahme zu geben ist. Wie das im einzelnen zu erfolgen hat, wird dann in den §§ 4 und 5 DVO/TVG¹⁹⁰⁾ geregelt. Alle diese Bestimmungen sind zwingend; Verstöße dagegen, soweit diese zugleich eine Beeinträchtigung oder Vereitelung des Anhörungsrechtes bedeuten oder zur Folge haben, machen nach Überwiegender Meinung die AVE rechtswidrig. Dazu gehören also das Fehlen der Bekanntmachung eines Antrages auf AVE (§ 4 I Satz 1 DVO/TVG)¹⁹¹⁾, das Fehlen der Angabe einer Frist für Einwendungen usw. (§ 5 II TVG, § 4 I Satz 2 DVO/TVG¹⁹²⁾, das Fehlen der Aufforderung zu schriftlicher Stellungnahme (§ 5 II TVG, §§ 4 I, 5 DVO/TVG)¹⁹³⁾, die Nichtanberaumung eines Termines zur mündlichen Verhandlung des Tarifausschusses (§ 5 II TVG, § 5 DVO/TVG)¹⁹⁴⁾ oder das Fehlen der Bekanntmachung dieses Termines (§ 5 I DVO/TVG)¹⁹⁵⁾. Die Ansicht, daß derartige

189) Entsprechend §§ 5, 11 DVO/BerlTVG

190) Entsprechend §§ 3 und 4 DVO/BerlTVG

191) Gumpert, BB 54, S. 262 unter II 2; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 53; Schnorr v. Carolsfeld, S. 71 f.

192) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 505; Maus, Handbuch VII B, Rdnr. 699

193) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, a.a.O.; Gumpert, a.a.O.; Maus, a.a.O.; abweichend Schnorr v. Carolsfeld, a.a.O.

194) Gumpert, a.a.O.; Maus, a.a.O.

195) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, a.a.O.

Verfahrensverstöße zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung führen, kommt nicht von ungefähr. Sie bildet ein deutliches Indiz für die Bedeutung, die den betreffenden Verfahrensbestimmungen zugemessen werden muß. Diese Bedeutung kann nicht darin liegen, daß die Willensbildung der Behörde ausreichend gewährleistet (vorbereitet) sein soll. Es soll vielmehr nach Möglichkeit dafür gesorgt sein, daß bei der Entscheidung der Behörde die speziellen Belange der Betroffenen und Interessierten berücksichtigt werden. Nicht ohne Grund wird denn auch darauf verwiesen, daß die genannten Bestimmungen der Gewährung rechtlichen Gehörs dienen¹⁹⁶⁾. Dabei werden Unterschiede hinsichtlich der Betroffenen nirgends gemacht, die natürlichen Interessen der Außenseiter also den Interessen der Verbände gleichgestellt; letztere genießen, wie festgestellt, teilweise sogar besondere Beachtung durch das Gesetz.

Fraglich ist nur, ob dadurch das Interesse am Verfahrensausgang lediglich rechtlich anerkannt wird¹⁹⁷⁾, oder ob einem rechtlich geschützten eigenen Interesse Rechnung getragen werden soll; anders ausgedrückt: ob mit der Beteiligung der Verbände am Verfahren klargestellt wird, daß diese eine eigene materielle Rechtsstellung haben, kraft deren die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über die AVE verlangt werden kann¹⁹⁸⁾. Diese Frage läßt sich nur beantworten, wenn man die vorgesehene Beteiligung nach Art und Umfang analysiert im Zusammenhang und unter Berücksichtigung der materiellrechtlichen Stellung der Tarifbeteiligten¹⁹⁹⁾. Dabei sind auch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze heranzuziehen, allerdings mit Vorsicht, weil die verfahrensmäßige Ausgestaltung der AVE, soweit ersichtlich, keine Parallele hat.

196) Am nachdrücklichsten bei Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 503; dieselben, Grundriß, S. 253; Nikisch II, S. 514

197) So Bettermann, RdA 59, S. 249 unter 4 b

198) Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 98 a

199) Vgl. OVG Koblenz, MDR 60, S. 170; Menger, VerwA Bd. 51 (1960), S. 269

Von der Rechtsprechung ist ein verletzbares Recht im Sinne des § 42 Abs. 2 und des § 113 Abs. 1 VwGO angenommen worden, wo eine gesetzlich vorgesehene formelle Beteiligung in Form eines Anhörungsrechtes, verbunden mit Einwendungs- und/oder Beschwerderecht bestand²⁰⁰⁾. In derartigen Fällen sei klargestellt, daß die Anhörung - jedenfalls auch - im Interesse des Beteiligten geschehe, weil seine Rechtsstellung durch die zu treffende Entscheidung betroffen werde. Bei einer Beteiligung in Gestalt der Anhörung kann also individuell sein, ob diese nur zu gutachtlichen Zwecken für die Behörde gedacht ist oder (auch) im eigenen Interesse des Beteiligten erfolgt²⁰¹⁾. Stehe die Anhörung lediglich im Ermessen der Behörde, so handele es sich nur um eine gutachtliche Anhörung²⁰²⁾.

Betrachtet man nun die Beteiligung der am Verfahrensausgang Interessierten nach § 5 II TVG sowie §§ 4, 5 DVO/TVG²⁰³⁾ unter den vorstehend wiedergegebenen Gesichtspunkten, so ergibt sich folgendes.

Die genannten Bestimmungen lassen verschiedene vertretbare Auslegungen zu. § 5 II TVG gibt zwar ein Recht, gehört zu werden, sagt jedoch nichts von der Bedeutung eines etwaigen Einspruchs oder Widerspruchs im Anhörungsverfahren. Demgegenüber ist dem Landesarbeitsminister gemäß § 5 III TVG, § 7 I Satz 2 DVO/TVG ein regelrechtes Vetorecht eingeräumt. Ohne die Unterschiedlichkeit der Positionen zu übersehen, darf diese Tatsache nicht unbeachtet bleiben.

Es wird der Standpunkt vertreten, Personenvereinigungen, insbesondere Wirtschafts- und Berufsverbänden komme eine eigene Klagebefugnis grundsätzlich nicht zu. Ein gegenteiliger Schluß sei auch nicht aus einer gesetzlich vorgese-

200) BVerwGE 2, 141 f.; E 9, 340 ff. (zu § 9 I Nr. 2 DVO/PBefG a.F.); BVerwG, DVBl. 60, S. 171; Bayer. VGH, VerwRspr. 11, Nr. 42, S. 197 f.; Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 98 a a.E.; Schunck-De Clerck, § 42, 2 d cc; Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rdnr. 34, 38; Menger, a.a.O., S. 268

201) BVerwG, a.a.O.; Bayer. VGH, a.a.O.; Eyermann-Fröhler, a.a.O.; Schunck-De Clerck, a.a.O.

202) BVerwG, DVBl. 60, S. 286

203) Entsprechend §§ 3, 4 DVO/BerlTVG

henen Beteiligung im Verwaltungsverfahren zu ziehen, gleichgültig, ob die Verbände gehört werden dürften, sollten oder müßten²⁰⁴⁾. Denn ihre Anhörung erfolge stets und nur im Interesse der Behörde, niemals um eigener Interessen willen²⁰⁵⁾. Ob dem in dieser Allgemeinheit oder wenigstens bezüglich § 5 II TVG im Falle der nicht am Tarifvertrag Beteiligten gefolgt werden könnte, erscheint fraglich. Für die tarifbeteiligten Verbände²⁰⁶⁾ kann man sich damit keinesfalls zufrieden geben. Denn sie haben nicht nur materiell eine Sonderstellung innerhalb der in § 5 II TVG zu berücksichtigenden Interessenten, weil sie nicht nur bloße Interessenvertreter sind, sondern werden auch verfahrensmäßig vorgezogen, wie sich aus den einschlägigen Bestimmungen der DVO/TVG ersehen läßt. Darauf wurde bereits oben²⁰⁷⁾ hingewiesen. Diese Sonderregelung erscheint nicht gerechtfertigt, wenn es sich nur darum handelte, daß die Tarifbeteiligten ihre Auffassung zu der beantragten AVE der Behörde zugänglich machen; dazu hätte § 5 II DVO ausgereicht. Sie ist auch nicht zu erklären, wenn man erwägt, daß die Behörde, was unterstellt werden kann, im eigenen Interesse der Stellungnahme der "anderen" Tarifpartner ein besonderes Gewicht zumißt - etwa, weil die Partei an der Schaffung der Tarifbedingungen beteiligt war, ihren Sinn und ihre Gründe also genauestens kennen muß, oder weil in diesem Zusammenhang mit Rücksicht auf den Zweck der AVE im allgemeinen wie im besonderen wichtig sein kann, warum dieser Tarifpartner seinerseits nicht (auch) eine Initiative für die AVE ergriffen hat.

Eine Erklärung bietet sich hingegen, wenn man sich noch einmal die Stellung der Tarifvertragspartner nach dem Gesetz vergegenwärtigt. § 5 TVG macht staatliches Tätigwerden von der alleinigen Initiative nicht-staatlicher Ver-

204) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, II 1 c (S. 126 f.)

205) Ule, a.a.O.

206) Beim Firmen- oder Betriebstarif, wo auf der Arbeitgeberseite kein Verband steht, ist dieses Problem gegenstandslos.

207) S. 53 f.

tragsparteien abhängig. Die AVE ist dazu da, die Geltung der tariflichen Bedingungen (auch) im Interesse der Tarifvertragsparteien und damit deren Mitglieder auszudehnen. Diese Ausdehnung wird vom Staat, aber nur auf Antrag vorgenommen, d. h. daß erst einmal ein Interesse der Tarifpartner vorhanden sein muß. Der Antrag erfolgt demgemäß nach der Annahme des Gesetzes vornehmlich aus Eigennutz; die Tarifpartner handeln, wenn sie die AVE beantragen, in erster Linie eigennützig²⁰⁸⁾, d. h. im Gesamtinteresse ihrer Mitglieder, wenn es sich um Verbände handelt. Wäre der Gesetzgeber anderer Auffassung gewesen, so hätte er die Entscheidung über die Ausdehnung der Tarifnormen nicht staatlichen Behörden zur Wahrung öffentlicher Interessen (vgl. § 5 I Nr. 2 und Satz 2 TVG!) vorbehalten. Das eigene und eigennützige Interesse der Tarifpartner wird durch Gewährung des Initiativrechtes sanktioniert und damit rechtlich anerkannt²⁰⁹⁾. Damit ist den Tarifpartnern eine wesentliche Rechtsstellung im Verfahren eingeräumt. Zugleich wird aber auch das Interesse rechtlich sanktioniert, keinen Antrag zu stellen, gegen eine AVE zu sein. Die AVE darf nicht ohne Antrag ergehen, wenn sie nicht im Eigeninteresse der Tarifvertragspartner ist. Wer als Tarifbeteiligter keinen Antrag auf AVE stellt, weil er gegen sie ist, genießt als gesetzlicher Träger des - im konkreten Fall nicht ausgeübten - Initiativrechtes die gleiche Rechtsstellung gegenüber der staatlichen Maßnahme wie der Antragsteller. Infolgedessen wird auch sein Interesse daran rechtlich geschützt, die AVE nicht oder anders zu wollen, weil er die Tarifbedingungen nur den Organisierten zugute kommen lassen will²¹⁰⁾ oder er nicht für geeignet hält oder weil er den

208) Vgl. Musa, BB 66, S. 86 unter V. Das schließt nicht aus, das - im allgemeinen oder auch im Einzelfall - zugleich auch dem Allgemeinwohl gedient werden soll; Vgl. dazu Böttcher, BB 65, S. 1077(1079); Schnorr, JR 66, S. 332

209) Vgl. Musa, a.a.O.

210) Musa, a.a.O. Beispiele dafür bieten sich neuerdings im Falle der sog. gemeinsamen Einrichtungen. Vgl. oben S. 49 Fußn. 169 sowie Böttcher, a.a.O. m.Nachw.

gestellten Antrag inhaltlich nur teilweise für richtig hält. Es erscheint nun geboten und zulässig, die besondere Art der Beteiligung der Tarifvertragspartner auf die vorstehend wiedergegebenen oder ähnliche Gedankengänge zurückzuführen. Dann ist sie in der Tat zugleich ein Indiz für eine Rechtsstellung. Aus deren umfassendem Inhalt folgt, daß hier jede rechtswidrige AVE sie verletzen kann, nicht nur bei Nichteinhaltung von Beteiligungsbestimmungen für das Verwaltungsverfahren. Allerdings ist zweifelhaft, ob ihnen in jedem Falle ein Rechtsschutzinteresse zugebilligt werden kann; dies gilt vor allem dann, wenn es sich um Rechtsverstöße handelt, die geltend zu machen im Anhörungsverfahren Gelegenheit bestand, die aber nicht geltend gemacht wurden.

c) Die Anfechtungsbefugnis der Antragsteller

Antragsteller ist, wer als Tarifvertragspartei einen Antrag gemäß § 5 I TVG auf Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages gestellt hat. Das können bei mehrgliedrigen Tarifverträgen mehrere oder alle an einer Seite Beteiligten sein. Es steht aber auch nichts entgegen, daß beide Seiten den Antrag gemeinsam stellen. Sie alle sind dann Antragsteller. Ihre Betroffenheit ist verhältnismäßig einfach erkennbar. Derjenige, der einen Verwaltungsakt beantragt und damit Erfolg hat, also das erreicht, was er verlangt, ist von dem Verwaltungsakt betroffen²¹¹⁾. Er ist aber nicht beschwert, selbst dann nicht, wenn dem Antrag von Rechts wegen nicht oder nicht so hätte stattgegeben werden dürfen²¹²⁾. Infolgedessen entfällt die Möglichkeit einer Rechtsverletzung und damit der Anfechtungsbefugnis der Antragsteller, wenn die Allgemeinverbindlichkeit ausgesprochen wurde²¹³⁾. -

211) Betroffen in dem oben S. 24 gekennzeichneten neutralen Sinne lediglich subjektiver Beziehung!

212) Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 92

213) Vgl. Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 740

(2) Die Anfechtungsbefugnis der Tarifvertragsparteien gegen-
über der Ablehnung der AVE sowie der Abweichung vom Antrag

a) Sowohl nach der Verwaltungsakttheorie wie nach der Doppelnatur-Lehre ist die Ablehnung des Antrages auf AVE ein anfechtbarer Verwaltungsakt.

Die Tarifbeteiligten, die selbst keinen Antrag gestellt und sich auch keinem angeschlossen haben, werden durch die Ablehnung des von einem anderen Tarifpartner gestellten Antrages nicht einmal betroffen, jedenfalls nicht beschwert. Sie scheiden daher in diesem Zusammenhang für die weitere Betrachtung aus. In Betracht kommen dagegen die Antragsteller²¹⁴⁾. Ihre Betroffenheit ergibt sich durch die Ablehnung ihres Antrages²¹⁵⁾. Dadurch sind sie auch beschwert²¹⁵⁾. Fraglich ist, ob sie in ihren Rechten beeinträchtigt werden.

Das wird von den Vertretern der Lehre von der Doppelnatur der AVE - für sie konsequent - ohne weiteres bejaht²¹⁶⁾. Bei Versagung der AVE werde dem Antragsteller die unter den Voraussetzungen des § 5 TVG mögliche Selbstgesetzgebungsfunktion streitig gemacht²¹⁷⁾. Nach der bisher herrschenden Verwaltungsakttheorie wurde auch dem Antragsteller eine Anfechtungsbefugnis abgesprochen mit der lapidaren Begründung, es gebe kein Recht auf die AVE und also auch keine Rechtsverletzung durch Ablehnung des Antrages²¹⁸⁾. Gerade dies wäre aber erst nachzuweisen.

(a) Das TVG macht staatliches Handeln abhängig von der Initiative der Tarifvertragsparteien. Es räumt ihnen eine Rechtsstellung ein, die, wie oben²¹⁹⁾ gezeigt, dadurch beeinträchtigt werden kann, daß eine AVE ohne ihren Willen

214) Bettermann, RdA 59, S. 252 unter IV 2 a.E.

215) Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 742

216) Gleiches dürfte gelten, wenn man Bogs und Herschel folgt. Zu deren Theorie vgl. oben S. 6, 45 f.

217) Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 235; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 51; kritisch dazu Bettermann, a.a.O., S. 741

218) Nikisch II, S. 518; Hueck-Nipperdey-Tophoven, TVG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 57; insoweit übereinstimmend BVerwGE 7, 188 = AP Nr. 5 zu § 5 TVG; Spanner, DÖV 65, S. 158

219) S. 49 f., 57 ff.

ergeht. Ob damit aber auch ein Recht auf den Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit gegeben ist, kann nur anhand des Zusammenhangs der gesetzlichen Regelung in § 5 I TVG festgestellt werden.

Schon auf den ersten Blick ergibt sich, daß Voraussetzung für die AVE nicht allein ein Antrag ist. Es müssen vielmehr weitere Bedingungen sowohl formeller wie materieller Art erfüllt werden; einem Antrag kann infolgedessen nur dann Erfolg beschieden sein, wenn alle anderen Erfordernisse gewährleistet sind. Ein Recht des Antragstellers könnte daher überhaupt nur darauf gehen, daß die AVE bei Vorliegen sämtlicher dieser Erfordernisse ergehen muß. Besteht ein derartiges Recht, dann könnte es durch eine Ablehnung beeinträchtigt werden. Es ist indessen sehr zweifelhaft, ob dieses Recht gegeben ist. Denn das Gesetz sagt, daß der Arbeitsminister einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären *k a n n* . Diese Formulierung kann zweierlei besagen. Sie kann erstens eine Ermächtigung (Kompetenz) zum Ausspruch einer AVE geben²²⁰). Das würde dann bedeuten, daß der Arbeitsminister bei Vorliegen der anderen Erfordernisse dem Antrag stattgeben *m u ß* , den Antrag nicht ablehnen darf, und also der Antragsteller einen Anspruch auf AVE hat, der durch Ablehnung beeinträchtigt wird. Zweitens aber kann damit der Behörde zugleich ein Handlungs- oder Verhaltensermessen eingeräumt sein mit der Folge, daß sie grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die Allgemeinverbindlichkeit auszusprechen, auch wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen²²¹).

Die Frage, welcher Auslegung der Vorzug zu geben ist, kann in diesem Zusammenhang nicht abschließend beantwortet werden; auf sie wird zurückzukommen sein. Muß infolgedessen zunächst notwendig offenbleiben, welches Recht durch die

220) Vgl. OVG Berlin E 5, S. 173(175 f.)

221) Abgesehen ist hier vom Ausnahmefall, daß jede andere Entscheidung als die AVE rechtsfehlerhaft wäre; dann könnte der Antragsteller aber auch nur ein Recht auf rechtsfehlerfreie Entscheidung über den Antrag geltend machen. Vgl. Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 742

Ablehnung der AVE verletzt sein kann, so kann doch bereits, wenn auch alternativ, geprüft werden, welche Rechtsbehelfe ihm in dem einen oder anderen Fall zur Verfügung stehen. Denn fest steht, daß ein verletzbares Recht entweder des Inhalts gegeben sein kann, daß ein Anspruch auf AVE besteht, oder wenigstens, daß eine rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung getroffen werden muß, die u. U. nur in der beantragten AVE besteht. Eine dritte Möglichkeit gäbe es nicht.

(b) An dieser Stelle steht man vor einem unkämpften Gebiet des Verwaltungsprozeßrechtes. Es handelt sich um die Frage, wie vorzugehen ist, wenn ein antragsbedingter und beantragter Verwaltungsakt abgelehnt wird. Sie wird verschieden beantwortet. Nach einer Auffassung ist nur die Verpflichtungsklage zulässig, und zwar entweder in der Form der Vornahmeklage, wenn eine sogenannte gebundene Amtshandlung beantragt ist, oder als Bescheidungsklage, wenn die Amtshandlung im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde steht²²²⁾. Abweichend hiervon wird zwar grundsätzlich die Verpflichtungsklage mit ihren Unterformen zugelassen, alternativ aber auch, zumal bei Ermessensentscheidungen, die Anfechtungsklage²²³⁾. Kein Streit kann indessen angesichts der insoweit eindeutigen Regelung der VwGO darüber bestehen, daß dem Antragsteller bei Ablehnung seines Antrages oder bei Untätigkeit der Behörde die Möglichkeit der Verpflichtungsklage offensteht, um den beantragten Verwaltungsakt oder wenigstens eine Entscheidung der Behörde zu erzwingen²²⁴⁾. Im Falle der Antragsteller bei der AVE jedenfalls kann als Regel angenommen werden, daß ihnen mit der bloßen Kassation der Ablehnung nicht gedient ist. Sie erstreben die beantragte AVE oder

222) So vor allem Bettermann, NJW 60, S. 649 ff.; DÖV 62, S. 151; Rechtssetzungsakt usw., S. 730; Czermak, NJW 62, S. 776 ff.; Ule. Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 I 1 (S. 117); VG Aachen, NJW 65, S. 784; offenbar auch Koehler, § 42, B III 3 b; Bachof, JZ 66, S. 438 unter Nr. 258

223) Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 10; Klinger, § 42 A 2 a

224) Ob nur diese Möglichkeit besteht, ist, wie gesagt, eine andere Frage!

wenigstens eine rechtsfehlerfreie Entscheidung über ihren Antrag. Die vorerwähnte Streitfrage kann infolgedessen hier auf sich beruhen und bedarf keiner Stellungnahme, zumal bei der AVE, soweit ersichtlich, keine Besonderheiten entstehen, die sie erforderlich machen könnten²²⁵⁾.

b) Der Sonderfall der *Abweichung* der AVE vom Inhalt des Antrages ohne oder gegen den Willen des Antragstellers wird, soweit ersichtlich, im Schrifttum im sachlichen Zusammenhang mit dem Rechtsschutz des Antragstellers nicht behandelt²²⁶⁾, möglicherweise überhaupt übersehen. Er findet lediglich, wenn auch unter einem anderen Blickwinkel, dort Erwähnung, wo es um die Zulässigkeit der Abweichung vom Tarifvertrag mit oder ohne Zustimmung der Vertragsparteien geht. Die Möglichkeit, daß Teile des Tarifvertrages unter Abweichung vom Antrag von der AVE ausgenommen bleiben, wird nicht berücksichtigt. Dabei wird sie anerkanntermaßen dauernd praktiziert. Aber selbst, wenn dies nicht der Fall wäre, weil man jegliche Abweichung vom Antrag für unzulässig hielte, müßte hier auf das Problem eingegangen werden.

Zur Verdeutlichung erscheint eine Vorbemerkung erforderlich. Es muß scharf unterschieden werden zwischen der Abweichung der AVE vom Tarifvertrag und der Abweichung vom Antrag. Enthält der Antrag, wie es vorkommt, Einschränkungen gegenüber dem Inhalt des Tarifvertrages und ergeht die AVE antragsgemäß, dann kommt eine Anfechtungsbefugnis schon deshalb nicht in Frage, weil der An-

225) Alles das gilt wohlgedenkt nur im Falle der Ablehnung der AVE oder der Untätigkeit der Behörde; ob so auch bei dem Sonderfall der Abweichung der AVE vom Antrag verfahren werden kann, wird anschließend zu untersuchen sein.

226) Abgesehen von einem Satz bei Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 740 f.

tragsteller nicht beschwert wird²²⁷⁾; ob die AVE zulässig ist oder nicht, ist eine andere Sache.

Abweichungen bei AVE vom Antrag sind denkbar dergestalt, daß Einschränkungen oder Erweiterungen des Geltungsbereichs der Normen des Tarifvertrages vorgenommen, daß diese sachlich abgeändert oder daß einzelne Arbeitsverhältnisse ausgenommen werden. Es könnte aber auch so sein, daß bereits im Antrag derartige Abweichungen vom Tarifvertrag enthalten waren, der Tarifvertrag aber ohne diese für allgemeinverbindlich erklärt wird. In allen diesen Fällen fehlt es an einer Übereinstimmung zwischen der beantragten AVE und der tatsächlich ergangenen.

Ergeht ein Verwaltungsakt auf Antrag und wird dem Antrag nicht vollständig entsprochen, so wird der Antragsteller regelmäßig beschwert²²⁸⁾. Sieht man genau hin, dann liegt die Beschwer darin, daß zwar etwas getan wurde, aber nicht das oder nicht so, was (wie) der Antragsteller will. Dieses "Anderstun" ist zugleich die Ablehnung des Gewollten²²⁹⁾. Darüber ist Klarheit erforderlich, bevor man sich der Frage zuwendet, wie der Antragsteller - seine Rechtsverletzung vorausgesetzt - dagegen vorgehen kann; ob er das von ihm Gewollte (nur) mit der Anfechtungsklage oder (auch) mit der Verpflichtungsklagsklage erreichen kann. Denn es wurde bereits im Falle der schlichten Ablehnung des Antrages angedeutet, welche Probleme sich ergeben.

(a) Ebenso wie dort ist hier vorab zu klären, ob dem Antragsteller ein Recht zusteht, das durch eine vom Antrag abweichende AVE beeinträchtigt werden kann. Hierzu das Gesetz zu befragen, bleibt unergiebiges Bemühen. Es heißt dort lediglich, der Arbeitsminister könne "einen", d. h. den von den Tarifpartnern abgeschlossenen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären. Man könnte sich bemüßigt fühlen, hieraus den Schluß

227) Vgl. oben S. 59 unter c

228) Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 91

229) Vgl. H.J. Wolff, StuB I, § 48 II a 3 (S. 281)

zu ziehen, damit sei (auch) eine inhaltliche Bindung der Behörde an den Antrag festgelegt dergestalt, daß, wenn die AVE ergeht, sie nur antragsgemäß ergehen darf^{229a)}; dann würde den Antragstellern zugleich ein Recht zustehen, daß durch Abweichung beeinträchtigt und möglicherweise verletzt würde²³⁰⁾. Es erscheint aber nicht angängig, diese Folgerung allein auf den insoweit dürftigen Wortlaut des Gesetzes aufzubauen. Solche Zurückhaltung rechtfertigt sich, wenn man bedenkt, daß gewisse Abweichungen bei der AVE vom Tarifvertrag auch ohne Zustimmung des Antragstellers für zulässig gehalten werden, nämlich Beschränkungen des Geltungsbereiches²³¹⁾ sowie die Herausnahme einzelner Arbeitsverhältnisse²³²⁾. Das aber bedeutet nichts anderes, als daß die Behörde in diesen Fällen möglicherweise vom Antrag und vom Tarifvertrag abgehen könnte, ohne daß die AVE dadurch rechtswidrig würde, und daß die Antragsteller kein Recht hätten, welches durch die AVE beeinträchtigt, geschweige denn verletzt werden könnte.

229a) So offenbar Berger, BB 56, S. 534

230) Es bedarf keiner besonderen Erläuterung, daß eine jegliche Bindung der Behörde jedenfalls nur im Rahmen der Rechtmäßigkeit denkbar ist; verstoßen Tarifnormen gegen höherrangiges Recht, so darf sich die AVE nicht auf sie erstrecken!

231) Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, und Nikisch, II, S. 496, wollen eine solche Beschränkung auch ohne Zustimmung der Antragsteller zulassen, raten davon aber ab; bei Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 28 wird gefordert, daß die Beschränkung ohne Beeinträchtigung des Sinnes und Zweckes des Tarifvertrages möglich sein muß; Maus, Handbuch, VII B Rdnr. 622, und in TVG, § 5 Rdnr. 13, verlangt immer die Zustimmung der Vertragsparteien. Ganz ablehnend offenbar Schnorr v. Carolsfeld, S. 70, Fußn. 3

232) Für die bereits ein anderer Tarifvertrag besteht oder künftig in Kraft tritt, also zur Verhinderung von Konkurrenzen und Kollisionen. Vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, a.a.O.; Nikisch, a.a.O., S. 497 f.; wohl auch Kaskel-Dersch, S. 99. Hingegen will Maus, Handbuch, a.a.O., Rdnr. 625, und in TVG, a.a.O. Rdnr. 15 auch hier Einverständnis der Vertragsparteien verlangen.

Erforderlich ist also auch hier, in eine Untersuchung der Rechte und Pflichten einzutreten, die der Behörde durch die gesetzliche Regelung in § 5 I TVG gegeben werden, hier allerdings hinsichtlich des Inhalts der AVE. Sie kann ergeben, daß den Tarifvertragsparteien nicht nur ein Recht zur Initiative gegeben ist, sondern auch dazu, den Inhalt des Staatlichen Hoheitsaktes mitzubestimmen; letzteres könnte dann bei Abweichung ohne Zustimmung beeinträchtigt werden. Ebensogut ist es möglich, daß die Behörde (auch) insofern einen Spielraum hat, so daß der Antragsteller lediglich verlangen kann, daß die Behörde in bezug auf den Inhalt der AVE rechtsfehlerfrei entscheidet.

Die Beantwortung der Frage muß ebenfalls offenbleiben, da sie die Analyse des § 5 I TVG voraussetzt, die im Rahmen der folgenden Paragraphen versucht wird.

(b) Hat der Antragsteller eine Rechtsstellung, kraft der er verlangen kann, daß die Behörde bei AVE niemals oder nur in bestimmten Fällen ohne seine Zustimmung vom Antrag abweichen darf, oder wenn das nicht, daß sie auch insoweit rechtsfehlerfrei entscheiden muß, so stellt sich wieder die Frage, wie ein solcher Anspruch gerichtlich geltend zu machen ist.

Hierzu muß man sich folgendes klarmachen.

Die Abweichung wird regelmäßig in der Weise in Erscheinung treten, daß die AVE eine Zusatzklausel enthält²³³⁾. Dann liegt es nahe zu meinen, daß hier dem Verlangen des Antragstellers schon auf dem Wege der Anfechtungsklage, beschränkt auf diesen Zusatz, Genüge getan würde²³⁴⁾, anders als bei der schlichten Ablehnung²³⁵⁾²³⁶⁾. Der Zusatz wäre vergleichbar

233) Etwa: "Die AVE erstreckt sich nicht auf diejenigen Bestimmungen, die die besonderen Alters- und Invalidenbeihilfen für Arbeitnehmer mit langjähriger Zugehörigkeit zur Gewerkschaft betreffen." Regelmäßig erfolgt dann noch eine genaue Aufzählung der Tarifbestimmungen im einzelnen, die von der AVE ausgenommen sein sollen.

234) In diese Richtung weisen die Ausführungen von Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 740.

235) Und anders dann, wenn schon der Antrag Einschränkungen enthielt, die AVE aber dadurch abweicht, daß sie den

einer Auflage oder Bedingung beim begünstigenden Verwaltungsakt. Aber ebenso wie in diesen Fällen könnte die Teilanfechtung der AVE nur Sinn haben, wenn die AVE auch ohne Zusatz ergehen konnte, insofern also eine Teilbarkeit ohne gleichzeitige Inhaltsveränderung möglich ist. Zweitens kommt es darauf an, ob die Behörde rechtlich fehlerfrei nur durch Ausspruch der beantragten, d. h. zusatzlosen AVE handeln könnte; sei es, wenn ihr insofern ein Ermessensspielraum eingeräumt sein sollte, daß diese AVE die einzig fehlerfreie Entscheidung darstellt, sei es, daß sie nach dem Gesetz überhaupt nicht abweichen darf. Hat die Behörde Ermessensspielraum, dann kann eine Teilkassation nur in Frage kommen, wenn die Behörde die AVE auch ohne den Zusatz erlassen wollte²³⁷⁾. Ist dies nicht der Fall oder wenigstens zweifelhaft, dann wird das Gericht regelmäßig die ganze AVE aufheben, um nicht dem Ermessen der Behörde vorzugreifen²³⁸⁾. Damit hätte dann der Antragsteller zwar nicht gerade Steine statt Brot erlangt, denn immerhin muß die Behörde den weiterhin bestehenden Antrag neu bescheiden. Aber regelmäßig wird es in seinem Interesse sein - und davon geht offensichtlich das Gesetz in §§ 113 Abs. 4, 42 Abs. 2 VwGO aus -, diese Bescheidungsverpflichtung unter Beachtung der gerichtlichen Rechtsauffassung vom Gericht ausgesprochen zu wissen. Es läuft somit auch im Falle der Abweichung vom Antrag auf die Verpflichtungsklage hinaus²³⁹⁾²⁴⁰⁾. Auf die damit zusammenhängenden Fragen ist gesondert zurückzukommen.

Tarifvertrag uneingeschränkt für allgemeinverbindlich erklärt.

236) Vgl. oben S. 62 f.

237) Vgl. OVG Berlin, NJW 64, S. 1152

238) OVG Berlin, a.a.O.

239) Sie ist auch bei nur teilweiser Ablehnung eines Antrages zulässig. Vgl. Koehler, § 42, B III 3 c

240) Auch hier kann deshalb unentschieden bleiben, ob die Verpflichtungsklage zulässig ist. Vgl. oben S. 62 f.

(3) Die Anfechtungsbefugnis der Tarifvertragsparteien
gegenüber der Aufhebung der Allgemeinverbind-
lichkeit (§ 5 V TVG)

Die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit ist nach der reinen Verwaltungsakttheorie ein anfechtbarer Verwaltungsakt²⁴¹⁾. Dasselbe dürfte gelten, wenn man der Lehre von der Doppelnatur der AVE folgt²⁴²⁾. Ob diejenigen Tarifvertragsparteien, die sich dem Antrag auf AVE nicht angeschlossen hatten, durch die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit überhaupt betroffen werden können, ist zumindest zweifelhaft. Jedenfalls werden sie nicht beschwert. Ihre Anfechtungsbefugnis kommt daher nicht in Betracht. Hingegen kommen die Antragsteller in Frage²⁴³⁾. Denn aufgehoben wird die gerade auf ihren Antrag hin ausgesprochene Allgemeinverbindlichkeit; darin liegt eine Betroffenheit²⁴⁴⁾. Ob sie dadurch auch beschwert werden, erscheint fraglich; zumindest ist das nicht selbstverständlich wie etwa bei der Ablehnung ihres Antrages. Es besteht nämlich keine unwiderlegliche Vermutung dafür, daß diese Tarifbeteiligten nicht nur im Zeitpunkt des Antrages, sondern auch noch später ein eigenes Interesse am Fortbestand der Allgemeinverbindlichkeit haben²⁴⁵⁾. Es erscheint aber auch keineswegs abwegig, ein derartiges Interesse zu unterstellen. Eine Beschwerde ist daher denkbar. Die Anhänger der Verwaltungsakttheorie verweisen hinsichtlich der Anfechtung der Aufhebung zuweilen auf die Anfechtung der AVE selbst²⁴⁶⁾, lassen aber die Erörterungen der Einzelheiten oder Besonderheiten vermissen. Auch die Vertreter der Doppelnaturlehre schweigen sich darüber aus, ob die Tarifbeteiligten durch die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit in ihren Rechten verletzt wer-

241) Vgl. Nikisch II, S. 518; vgl. auch Bettermann, RdA 59, S. 252

242) Das wird zwar nirgends deutlich ausgesprochen, ergibt sich aber aus ihren theoretischen Grundlagen.

243) Bettermann, a.a.O., unter V 1

244) Anders offenbar Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 741

245) Ein Hinweis könnte die Kündigung des Tarifvertrages oder seine Änderung bieten.

246) Vgl. z.B. Nikisch II, S. 518

den können. Da dieses Schweigen im Gegensatz steht zu den ausführlichen Erörterungen der Anfechtungsbefugnis gegenüber Ausspruch und Ablehnung der AVE²⁴⁷⁾, ist der Schluß zulässig, sie hielten in diesem Falle eine Rechtsverletzung nicht für möglich.

Die gesetzliche Regelung der Aufhebung in § 5 V TVG bzw. §§ 9, 5-7 DVO/TVG²⁴⁸⁾ unterscheidet sich von derjenigen in § 5 I und II TVG dadurch, daß die Aufhebung ohne Antrag erfolgen kann. Das ist bemerkenswert. Denn es deutet darauf hin, daß das Gesetz, anders als bei der AVE, auf ein Interesse der Tarifpartner nicht abstellt, indem es die Tätigkeit der Behörde nicht von deren Initiative abhängig macht. Die Behörde ist also schon hiernach weder genötigt, einem Antrag oder einer sonstigen Anregung der Tarifpartner zu folgen noch gehindert, die Aufhebung gegen ihren Wunsch vorzunehmen²⁴⁹⁾.

Jeder Versuch, ein Recht des Antragstellers auf Aufrechterhaltung der Allgemeinverbindlichkeit zu konstruieren, erheischt Antwort auf die Frage, warum denn dann dem Antragsteller nicht eine ähnliche formale Position wie bei der AVE eingeräumt ist. Nun könnte man einwenden, es wäre inkonsequent, im Falle der AVE sogar den anderen, nicht als Antragsteller auftretenden Tarifparteien eine verletz-bare Rechtsstellung zuzubilligen, während hier sogar dem Antragsteller als dem vormaligen Initiator eine solche verweigert würde. Dabei würde übersehen, daß dort ein Antragsrecht gewährt ist, das nur nicht ausgeübt wurde. Alle Folgerungen, die dort aus dieser Tatsache gezogen wurden²⁵⁰⁾, müssen hier entfallen. Auch die Beteiligung des Antragstellers am Verfahren bei Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit (§ 5 V i.V.m. II TVG, § 9 DVO/TVG) hat infolgedessen hier ein anderes Gewicht. Allerdings besteht für die Tarif-

247) Vgl. Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 234 f.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 51 ff.

248) Für Berlin § 5 IV TVG, §§ 4-6 DVO/TVG

249) Nikisch II, S. 510; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O. Rdnr. 35 unter 1 a; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 497

250) Vgl. oben S. 47 ff.

beteiligten eine Sonderstellung hinsichtlich ihrer Anhörung. Sie trägt wie im Falle der AVE den besonderen Interessen der Tarifpartner am Ausspruch und an der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit i h r e s Vertrages Rechnung, kann aber - wenn überhaupt - allenfalls ein Recht auf Anhörung geben, das durch Nichtanhörung und nur dadurch beeinträchtigt und gegebenenfalls verletzt würde. Abgesehen hiervon, ist es nicht gerechtfertigt, dem Antragsteller eine durch rechtswidrige Aufhebung der AVE verletzbare Rechtsstellung zuzubilligen²⁵¹⁾.

(4) Die Anfechtungsbefugnis der Tarifvertragsparteien gegenüber der Ablehnung der Aufhebung

Hier ist in erster Linie an den Fall gedacht, daß der Arbeitsminister einen förmlichen Antrag einer der Tarifbeteiligten, die Allgemeinverbindlichkeit gemäß § 5 V TVG aufzuheben, förmlich abgelehnt hat mit der Begründung, daß die Aufhebung nicht im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Diese Ablehnung enthält eine sachliche Entscheidung und stellt einen Verwaltungsakt dar, durch den der Antragsteller beschwert wird. Eine Beschwerde liegt aber auch dann vor, wenn die Behörde überhaupt nicht reagiert, untätig bleibt.

Fraglich ist, ob und gegebenenfalls in welcher Form hierbei ein Recht des Antragstellers beeinträchtigt werden kann - mit der Folge, daß entweder ein Anspruch auf Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit in Betracht kommt²⁵²⁾ oder doch wenigstens auf Entscheidung und Bescheidung des Aufhebungsantrages²⁵³⁾; im ersten Fall wird eine Rechtsverletzung (auch)

251) Anders Bettermann, RdA 59, S. 252 unter V 1

252) Falls es sich nämlich bei der Aufhebung nach § 5 Abs. V TVG (= § 5 IV BerlTVG) um einen sog. gebundenen Verwaltungsakt handeln sollte - was noch zu prüfen sein wird -, oder andernfalls die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit die einzige rechtsfehlerfreie Entscheidung darstellt.

253) Wenn der Behörde durch § 5 V TVG ein - wie auch geariteter - Ermessensspielraum eingeräumt sein sollte. Vgl. aber die vorstehende Fußnote.

mit der Verpflichtungsklage, im letzten mit der Bescheidungsklage geltend zu machen sein²⁵⁴⁾.

Ein förmliches Antragsrecht kommt nach dem Gesetz nicht in Frage. Indem der Gesetzgeber wohl für den Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit einen Antrag eines der Tarifbeteiligten zur unabdingbaren Voraussetzung gemacht, eine gleiche Regelung indessen - unzweifelhaft mit voller Absicht - im Falle der Aufhebung unterlassen hat, gab er deutlich zu erkennen, daß bei dieser jedenfalls keine rechtliche Verpflichtung der Behörde gegenüber den Tarifvertragsparteien zum Tätigwerden, geschweige denn zur Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit bestehen sollte; vielmehr sollte die Initiative hierzu allein bei der Behörde bleiben²⁵⁵⁾.

Dessen unbeschadet sind Rechtsbeeinträchtigung und damit Rechtsverletzung der Tarifvertragsparteien in Form von Ablehnung oder gar Untätigkeit seitens der Behörde denkbar. Geht man davon aus, daß ein Tarifbeteiligter, der wegen seines entgegenstehenden Interesses keinen Antrag auf AVE gestellt hatte, durch die dennoch ausgesprochene Allgemeinverbindlichkeit in seinen Rechten beeinträchtigt werden kann²⁵⁶⁾ und somit als anfechtungsbefugt in Betracht kommt, so muß man die Möglichkeit einer Rechtsbeschwer für ihn durch Ablehnung oder Untätigkeit gegenüber seinem Aufhebungsantrag bejahen. Denn die Verweigerung der beantragten Aufhebung einer andauernden Rechtsbeeinträchtigung gegenüber dem Betroffenen ist ebenso wie diese eine Rechtsbeschwer. Das Fehlen eines gesetzlichen Antragsrechtes ist insofern unmaßgeblich.

254) Das oben S. 62 unter (b) Angeführte gilt hier entsprechend.

255) Vgl. oben S. 69

256) Vgl. dazu oben S. 51 ff.

3. Die Anfechtungsbefugnis anderer, insbesondere der
"am Ausgang des Verfahrens interessierten"
Vereinigungen (§ 5 II TVG)

Zunächst ist zu ermitteln, wer hier in Frage kommt. Daß der Gesetzgeber zunächst und vor allem an die "anderen" Tarifbeteiligten gedacht hat, kann angesichts der Ausgestaltung des durch § 5 II TVG und die DVO/TVG vorgeschriebenen Verfahrens²⁵⁷⁾ nicht bezweifelt werden. Sie wurden bereits behandelt, so daß sie bei der jetzigen Betrachtung ausscheiden. Welche Personengruppen außerdem am Verfahrensausgang im Sinne des § 5 II TVG interessiert sein können, dürfte davon abhängen, in welcher Beziehung sie zur AVE stehen. Diese Beziehung muß besonders dadurch geprägt sein, daß die Interessen von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden berührt werden, das will besagen: die Interessen von Verbänden gerade in deren Eigenschaft als Vereinigungen und Vertretungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Auf Seiten der Arbeitnehmer können das nur die Gewerkschaften sein; auf Arbeitgeberseite reicht es aus, daß die Vereinigungen a u c h dazu da sind und es als ihre Aufgabe betrachten, die Interessen der Arbeitgeber als Sozialpartner in Form des Abschlusses von Tarifverträgen wahrzunehmen²⁵⁸⁾. Daher scheiden hier Verbände aus, die lediglich wirtschaftliche oder Wettbewerbsinteressen vertreten²⁵⁹⁾.

a) Instruktive Anhaltspunkte für den hiernach in Betracht kommenden Kreis von Verbänden bieten sich beim Studium der Urteilsgründe des OVG B e r l i n in AP Nr. 3 zu § 5 TVG. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt ist in großen Zügen wiedergegeben bei BVerwGE 7, 87²⁶⁰⁾.

257) Vgl. oben S. 53 f.

258) Es gelten insoweit die gleichen Voraussetzungen wie für die in § 2 I - III TVG aufgeführten Verbände.

259) Deren Stellungnahme einzuholen, liegt gemäß § 5 II Satz 1, 2. Halbsatz DVO/TVG im Ermessen des Tarifausschusses!

260) = AP Nr. 6 zu § 5 TVG; vgl. auch Witten, NJW 61, S. 753

Ein Arbeitgeberverband, nichtrechtsfähiger Verein, aber tariffähig, hatte in einem Verfahren gemäß § 5 II TVG beantragt, seine Mitglieder, die Mitglieder des "Verbandes der Filialbetriebe B.", aus dem Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Manteltarifvertrages herauszunehmen. Zur Begründung wurde im wesentlichen geltend gemacht, der Verband wolle sich seine Handlungsfreiheit hinsichtlich der Regelung der arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in den Betrieben ihrer Mitglieder vorbehalten; es bestünden zwischen diesen Betrieben und denjenigen der Mitglieder des antragstellenden Arbeitgeberverbandes überdies so weitgehende wirtschaftliche Unterschiede, daß es nicht angängig sei, die dort geltenden Tarifbedingungen den Filialbetrieben aufzuzwingen. Der Landesarbeitsminister, welcher die Kauf- und Warenhäuser auf entsprechenden Antrag hin von der Allgemeinverbindlichkeit bereits ausgenommen hatte²⁶¹⁾, lehnte ab. Er sprach im Einvernehmen mit dem Tarifausschuß die Allgemeinverbindlichkeit ohne Einschränkung aus²⁶²⁾. Das Verwaltungsgericht gab der Anfechtungsklage statt²⁶³⁾, weil die AVE hinsichtlich der Mitglieder des Klägers nicht im öffentlichen Interesse geboten gewesen sei. Das OVG²⁶⁴⁾ hielt es für zweifelhaft, ob die AVE einen Eingriff in eine Rechtsstellung des Klägers darstellte und nicht nur deren wirtschaftliche Belange berührte. Es bezweifelte also die Anfechtungsbefugnis, glaubte allerdings, diese Frage nicht abschließend entscheiden zu müssen, weil es die Klage ohnehin - im Gegensatz zum VG - für unbegründet hielt. Dennoch machte es zur Frage der Anfechtungsbefugnis einige Ausführungen allgemeiner Art, die hier um so mehr interessieren, weil es sich beim Kläger und Berufungsbeklagten um

261) Ein praktisches Beispiel für die Abweichung bei AVE vom Antrag!

262) Und zwar, weil die AVE im öffentlichen Interesse geboten erschien. Vgl. § 5 I Nr. 2 BerlTVG

263) Urteil vom 29. 2. 1956. Die Gründe sind, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht. Leitsätze finden sich aber in BB 56, S. 785.

264) Abgedruckt bei AP Nr. 5 zu § 5 TVG

einen nicht tarifbeteiligten Verband handelte. Das OVG ließe für das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers dessen Behauptung genügen, die AVE beeinträchtige seine gesetzlich vorgesehene Wirkungsmöglichkeit als anerkannter tariffähiger Verband, wenn diese Beeinträchtigung auch - wie das Verwaltungsgericht verkannt hätte - mehr tatsächlicher als rechtlicher Art sein könne; rechtlich sei es ihm auch nach AVE nicht verwehrt, mit den Gewerkschaften einen Spezialtarif für seine Mitglieder abzuschließen, so daß dann lediglich eine Konkurrenzfrage entstehen könnte. Tatsächlich werde es für den Kläger allerdings schwierig sein, eine Gewerkschaft zum Abschluß eines ungünstigeren Tarifvertrages bereit zu finden. Ob der Kläger aber wirklich in seinen Rechten beeinträchtigt werde, sei deshalb zweifelhaft, weil durch die AVE nur die Außenseiter unmittelbar beeinträchtigt werden könnten²⁶⁵⁾.

Das OVG erwog jedoch weiter, ob eine verletzbare Rechtsstellung aus der allgemeinen arbeitsrechtlichen Position der Verbände der Sozialpartner herzuleiten sei. Ihnen seien nach der bestehenden Ordnung des deutschen Arbeitslebens zur Regelung der Arbeitsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern die Wahrnehmung bestimmter, festumrissener Aufgaben zugewiesen. Das habe dazu geführt, ihnen auch gesetzlich gesicherte Rechte einzuräumen²⁶⁶⁾. Hieraus könne man die rechtliche Folge begründen, daß den Verbänden, die kraft Gesetzes zum Abschluß von Tarifverträgen befugt seien, das Recht zugebilligt werden müsse, auf diesem Sachgebiet auch alle anderen damit im Zusammenhang stehenden Rechte ihrer Mitglieder im eigenen Namen und damit aus abgeleitetem Recht zu vertreten und weiterzuverfolgen²⁶⁷⁾. Darüber sei jedoch nicht abschließend zu entscheiden. -

Die Erwägungen des OVG Berlin wurden so ausführlich wiedergegeben, weil sie für den anstehenden Fragenkomplex fruchtbar sind und eine Fülle von Gesichtspunkten eröffnen.

265) OVG Berlin, a.a.O.

266) Das Gericht verweist dabei auf §§ 2 I und 5 II BerlTVG sowie §§ 10, 14 I, 15 I, 34 I, 20 I ArbGG

267) OVG Berlin, a.a.O.

b) Das gilt zunächst für die Frage der Beschwer. Der Kläger im Falle des OVG war nicht tarifbeteiligt, aber am Ausgang des Verfahrens auf AVE interessiert (§ 5 II TVG). Denn er wollte nicht, daß die AVE erging und somit die Tarifbedingungen auch für seine Mitglieder gelten sollten; einmal, weil er dies wegen der betrieblichen Unterschiede für un-
tunlich hielt, zum anderen, weil ihm die rechtliche Bewegungsfreiheit insbesondere in Richtung auf eine eigenvertragliche Regelung der Arbeitsbeziehungen im Bereich seiner Mitglieder eingeengt oder gar genommen schien. Das OVG stellte vor allem auf das letztere Argument des Klägers ab, als es zwar nicht die rechtliche, wohl aber eine tatsächliche Schwierigkeit des Abschlusses von Spezialtarifen durch den Kläger hervorhob. Damit ist die Richtung gewiesen, in der man vor allem den Kreis der "am Ausgang des Verfahrens interessierten" Verbände suchen muß. In Betracht kommen, kurz gesagt, Verbände, für die sich infolge AVE eines anderen Tarifvertrages ein aktuelles oder potentiell Problem einer Konkurrenz mit einem von ihnen angeschlossenen Tarifvertrag ergeben kann (Tarifkonkurrenten). Eine Tarifkonkurrenz ergibt sich, wenn mehrere Tarifverträge in jeder Hinsicht ganz oder teilweise auf dasselbe Arbeitsverhältnis anwendbar sind (Identität der Geltungsbereiche und der Tarifgebundenheit²⁶⁸). Eine Tarifkonkurrenz ist auch möglich, wenn ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag mit einem anderen kollidiert, oder zwei allgemeinverbindliche miteinander²⁶⁹). Nach den Grundsätzen, die von Rechtsprechung und Lehre für die Lösung des Tarifkonkurrenz-Problems entwickelt wurden, soll auf ein und dasselbe Arbeitsverhältnis nur ein Tarifvertrag anwendbar sein dürfen²⁷⁰). Es muß also jeweils entschieden werden, welcher der konkurrierenden Tarife Anwendung findet. Dabei wird nach dem Prinzip der Spezialität vorgegangen. Anzuwenden ist bei

268) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 4 Rdnr. 250; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 457; Nikisch, II, S. 477

269) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 460 f.; Nikisch, a.a.O., sowie in Anm. zu BAG AP Nr. 11 zu § 5 TVG = E 7, 194

270) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 463; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 259

zwei konkurrierenden Tarifverträgen derjenige mit dem engeren (spezielleren) Geltungsbereich; so hat ein Fachtarif den Vorrang vor dem konkurrierenden Industrietarif, der Firmentarif geht dem Verbandstarif vor²⁷¹⁾. Mit anderen Worten: Der speziellere Tarif verdrängt den generellen. Tritt die Konkurrenz infolge AVE eines Tarifvertrages ein und ist dieser Tarif ganz oder teilweise spezieller als der konkurrierende, so verdrängt er diesen. Es kann dann durchaus sein, daß dies mit den Interessen - nicht nur der Außen-seiter²⁷²⁾, sondern auch - der Parteien des verdrängten Tarifvertrages kollidiert, weil dessen Bedingungen - vorerst - nicht mehr gelten. Das Interesse, einer AVE aus diesen Gründen entgegenzuwirken, wäre zugleich ein Interesse am Ausgang des Verfahrens im Sinne des § 5 II TVG; es könnte durch die AVE beeinträchtigt werden.

Im Falle des OVG Berlin lag nun zwar eine Tarifkonkurrenz nicht vor; sie hätte sich erst ergeben können, wenn es dem Kläger gelungen wäre, für seine Mitglieder mit einer Gewerkschaft einen gesonderten Tarifvertrag über den gleichen Gegenstand abzuschließen²⁷³⁾. Die Chancen hierfür waren aber gering und mußten umso schlechter sein, wenn die gewünschten Bedingungen ungünstiger für die Arbeitnehmer sein sollten. Insofern versperrte also die AVE dem Kläger möglicherweise tatsächlich - nicht rechtlich - die Verwirklichung eigener Vorstellungen²⁷⁴⁾. Das ist ein Nachteil, eine Beschwer. So hat denn auch das OVG ein Rechtsschutzbedürfnis des Klägers für denkbar gehalten.

c) Auch zur Frage der verletzbaren Rechtsstellung im allgemeinen und des Klägers im besonderen enthält die Entscheidung des OVG aufschlußreiche Erwägungen. Bei der Prüfung der "Sachbefugnis" hat es sich zwar grundsätzlich den

271) Vgl. BAGE 12, 194 = AP Nr. 11 zu § 5 TVG m. Anm. von Nikisch; derselbe, II, S. 485; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 464 f.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O. Rdnr. 260

272) Z.B., weil der allgemeinverbindliche Tarif ungünstigere Bedingungen enthält; das Günstigkeitsprinzip spielt bei der Tarifkonkurrenz keine Rolle. Vgl. Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 462

273) So war es im Falle des BAG in T 12, 194, früher einmal gewesen.

274) Vgl. BAGE 12, 194 (198 f.)

Standpunkt der reinen Verwaltungsakttheorie von der alleinigen und unmittelbaren Betroffenheit der Außenseiter zu eigen gemacht. Danach war im gegebenen Fall die Anfechtungsbefugnis mindestens fraglich. Bei seinem zusätzlichen Bemühen, eine Rechtsstellung des Klägers aus anderen Gesichtspunkten herzuleiten, hat das Gericht nun nicht die Beteiligungsbestimmungen des § 5 II TVG bzw. der §§ 4-6 DVO/TVG als Anhaltspunkte genügen lassen; diese Basis erschien ihm offenbar als zu schmal. Es hat sich daher andeutungsweise um den Nachweis bemüht, daß eine Rechtsstellung der tariffähigen Verbände aus ihrer arbeitsrechtlichen Stellung insgesamt hervorgehe, ist dabei aber, wie von H e r s c h e l mit Recht angemerkt wurde²⁷⁵⁾, zu weit gegangen.

Richtig ist indessen, daß die §§ 5 II TVG, 4-6 DVO/TVG für sich den nicht am Tarifvertrag Beteiligten keine Rechtsstellung verleihen, die durch AVE beeinträchtigt werden würde. Indessen können diese Bestimmungen dazu da sein, auch bei Nichttarifbeteiligten mehr als nur einem rechtlichen Interesse²⁷⁶⁾ Rechnung zu tragen²⁷⁷⁾. Das wird klar, wenn man den OVG Berlin angedeuteten Weg weiter verfolgt.

Unstreitig ist den Tarifvertragsparteien Autonomie gegeben. Daß ihnen damit zugleich eine verletzbare Rechtsstellung eingeräumt ist, wird nicht bezweifelt werden können. Dieses Recht im Sinne der §§ 113, 42 VwGO wird beeinträchtigt, wenn auf der Grundlage der Autonomie geschaffenes objektives Recht durch staatlichen Eingriff - wenn auch nur zeitweise - außer Kraft gesetzt wird²⁷⁸⁾. An eine derartige Beeinträchtigung ist zu denken, wenn Tarifvertragsnormen infolge Kollision mit allgemeinverbindlichen spezielleren Tarifnormen Geltung verlieren.

275) in Anm. zu AP Nr. 3 zu § 5 TVG

276) Das Bettermann, RdA 59, S. 249 unter 4 b, offenbar für denkbar hält.

277) Ablehnend schlechthin Spanner, DÖV 65, S. 158

278) Ob diese Rechtsstellung - sie ist nicht mit der Koalitionsfreiheit gleichzusetzen, auf die das BAG in E 12, 194(199) abstellt - auf Art. 9 III GG oder auf § 1 I TVG beruht, bedarf hier keiner Entscheidung; hierzu vgl. Schnorr, JR 66, S. 327 (329 ff.) m.w.Nachw.

Angenommen, ein Arbeitgeberverband hat einen Lohntarifvertrag für seine Mitglieder mit einer Gewerkschaft abgeschlossen. Nach seinem Inkrafttreten gelingt es derselben Gewerkschaft, mit einem anderen tariffähigen Arbeitgeberverband für denselben Geltungsbereich einen spezielleren Tarif mit insoweit günstigeren Bedingungen abzuschließen. Dieser Tarifvertrag wird für allgemeinverbindlich erklärt und ergreift nun auch die Arbeitsverhältnisse in den Betrieben der Mitglieder des erstgenannten Arbeitgeberverbandes. Nach den Grundsätzen über die Lösung von Tarifkonkurrenzen würde hier der allgemeinverbindliche Tarifvertrag den bisherigen verdrängen, d. h. also wirkungslos machen²⁷⁹⁾. Die Möglichkeit, daß auf diese Weise durch eine AVE auch die Rechtsbeeinträchtigung anderer Verbände als der tarifbeteiligten bewirkt werden könnte, ist bisher, soweit ersichtlich, nicht bedacht worden. Sie müßte aber - vornehmlich vom Standpunkt aller derer, die besondere Betonung auf die Tarifautonomie der Tarifvertragspartner legen - bejaht werden²⁸⁰⁾. Die Anfechtungsbefugnis der Mitglieder eines derartigen Verbandes in ihrer Eigenschaft als Tarifaußenseiter stünde dem nicht entgegen, da es sich insoweit um eine andere Rechtsstellung handelt²⁸¹⁾.

d) "Tarifkonkurrenten" kommen auch im Falle der Ablehnung oder Untätigkeit gegenüber einem Antrag auf Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit (§ 5 V TVG) als anfechtungsbefugt in Frage. Ist ein (in irgendeiner Hinsicht) speziellerer Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden und verdrängt er - nach den Grundsätzen über die Lösung einer Tarifkonkurrenz²⁸²⁾ - den allgemeineren Tarifvertrag, so werden die Tarifbeteiligten dieses letzteren Vertrages regelmäßig ein Interesse daran haben, daß die im Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit jenes Tarifvertrages liegende

279) BAG, a.a.O., S. 199

280) Das Gegenteil ergibt sich bemerkenswerterweise aus den Ausführungen von Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw. S. 237. Das hängt offensichtlich damit zusammen, daß die prozessualen Probleme auch weiterhin sozusagen am Rande der Diskussion um die AVE erörtert werden. Vgl. dazu die methodischen Erwägungen oben S. 9 ff.

281) Vgl. dazu oben S. 27 ff., 34 ff.

282) Vgl. oben S. 75 f.

Rechtsbeeinträchtigung sobald wie möglich beseitigt wird. Die Ablehnung oder Nichtbescheidung ihres Antrages auf Aufhebung der AVE kann sie daher ebenso in ihrem Recht beeinträchtigen und verletzen, wie und soweit es die AVE selbst tut. Im übrigen gilt das oben im Falle der Tarifvertragsparteien Gesagte²⁸³⁾ entsprechend²⁸⁴⁾.

4. Die Landesarbeitsminister (§ 5 II, III TVG)

Die Landesarbeitsminister, d. h. die Bundesländer, können durch eine AVE oder die Aufhebung der AVE²⁸⁵⁾ seitens des Bundesarbeitsministers betroffen sein, wenn sich der Tarifvertrag auf den Bereich des betreffenden Landes erstreckt. Der Gesetzgeber geht auch davon aus, daß die Länder in einem solchen Fall ein Interesse an der Entscheidung des Bundesarbeitsministers haben. Das ergibt sich aus § 5 Abs. II, V TVG sowie §§ 4 I Satz 4 und 5, 5 II und 9 DVO/TVG, wonach ihnen ein Anhörungsrecht im Verfahren zusteht. Darüber hinaus ist den Länderarbeitsministern in Gestalt eines Einspruchsrechtes (§ 5 III TVG, §§ 7 I Satz 2, 9 DVO/TVG) eine besondere verfahrensrechtliche Stellung eingeräumt. Diese läßt eine Rechtsbeeinträchtigung eines Landes als möglich erscheinen, dann nämlich, wenn die AVE gegen den Einspruch eines Landes und ohne Zustimmung der Bundesregierung ausgesprochen wurde. Dann läge objektiv ein Rechtsverstoß und zugleich eine subjektive Rechtsverletzung vor. Indessen kann es sich hier nicht um eine Rechtsverletzung im Sinne der §§ 113 Abs. 1, 42 Abs. 2 VwGO handeln. Die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage dient der Abwehr hoheitlicher Angriffe in die individuelle Rechtssphäre, geht also grund-

283) oben S. 62 f.

284) Hat ein Verband allerdings Gelegenheit gehabt, im Verwaltungsverfahren gemäß § 5 II TVG seine Einwendungen gegen die beantragte AVE wegen der Möglichkeit einer Tarifkonkurrenz vorzubringen, ohne von dieser Gelegenheit Gebrauch zu machen, dann wird das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage fraglich sein, sofern die Behauptung einer Beschwer auf jene Möglichkeit gestützt wird.

285) Nicht dagegen durch die Ablehnung einer AVE!

sätzlich von einem Subjektionsverhältnis aus²⁸⁶⁾. Ein solches besteht nicht zwischen obersten Bundes- und Landesbehörden; sie sind in vorliegender Beziehung gleichgestellt²⁸⁷⁾. Die Anfechtungsklage müßte besonders zugelassen sein, was hier nicht der Fall ist²⁸⁸⁾. Bei Streitigkeiten zwischen einem Landes- und einem Bundesminister, deren Gegenstand die AVE ist, handelt es sich um öffentlich-rechtliche Parteistreitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gemäß § 40 I VwGO, zu deren Entscheidung nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das BVerwG in erster und letzter Instanz berufen ist²⁸⁹⁾. Übrigens könnte der Landesarbeitsminister in einem derartigen Verfahren, das gegen die Bundesrepublik, vertreten durch den Bundesarbeitsminister, gerichtet wäre, nur als Partei auftreten, wenn ihm gemäß § 61 Nr. 3 VwGO landesrechtlich die Parteifähigkeit verliehen; andernfalls klagt das Land, vertreten durch den Arbeitsminister. Die Frage, welche Klageart in Betracht käme, ist hier nicht zu erörtern.

5. Der Tarifausschuß (§ 5 I TVG, §§ 1-3 DVO/TVG)

Die Frage, ob der Tarifausschuß anfechtungsbefugt sein kann, wenn die Allgemeinverbindlichkeit ohne seine nach § 5 I, V TVG bzw. §§ 7 I, 9 DVO/TVG erforderliche Zustimmung ausgesprochen oder aufgehoben worden ist, wurde bisher kaum erörtert²⁹⁰⁾. Bettermann²⁹¹⁾ verneint die Zulässigkeit der Anfechtungsklage und will lediglich eine Feststellungsklage im Partei- oder Organstreitverfahren zulassen, ähnlichen Erwägungen folgend wie im Falle der Landesarbeitsbehörden. Wie man immer die Stellung des Tarifausschusses beurteilen mag²⁹²⁾, so steht doch fest, daß

286) Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 2; Bettermann, RdA 59, S. 249 unter 4 a; BVerwG NJW 54, S. 1458 f.; BVerwG DöV 54, S. 249

287) Bettermann, a.a.O.

288) Bettermann, a.a.O.

289) Bettermann, a.a.O., für das damalige Recht; Eyermann-Fröhler, § 50 Rdnr. 4

290) Lediglich kurz bei Bettermann, a.a.O., S. 250 unter 4 e

291) A.a.O.

292) Dazu wird noch in anderem Zusammenhang Stellung zu nehmen sein. Vgl. den folgenden Paragraphen.

zwischen ihm und dem Arbeitsminister kein Subjektionsverhältnis besteht. Der letztere hat keine Aufsichtsbefugnis und kein Weisungsrecht über den Ausschuß, wie sich aus § 5 I, V TVG und §§ 1 - 3 DVO/TVG ²⁹³⁾ ergibt. Hat der Tarifausschuß auch gegenüber dem Minister eigene Rechte oder Zuständigkeiten, so können diese jedenfalls nicht mittels der Anfechtungsklage verteidigt werden. Es bedarf infolgedessen an dieser Stelle keines Eingehens darauf, ob der Tarifausschuß als solcher überhaupt Behörden- oder Organstellung einnimmt, ob ihm selbständig Partei- und Prozeßfähigkeit zukommen kann und ob Probleme des sogenannten Insichprozesses auftauchen können.

§ 6: Besondere Anfechtungsgründe bei der AVE

I. Fehlerhaftigkeit und Anfechtbarkeit der Verwaltungsakte im allgemeinen

Im Rahmen dieses Kapitels wird die fehlerhafte Entscheidung des Arbeitsministers - Ausspruch, Aufhebung und Ablehnung der Allgemeinverbindlichkeit - behandelt, soweit sie für den Anfechtungsprozeß besondere Probleme birgt.

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn und soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, §§ 113 Abs. 1, 42 Abs. 2 VwGO. Die Verwaltungsgerichte haben demnach den angefochtenen Verwaltungsakt auf alle Rechtsverstöße zu überprüfen, die eine Rechtswidrigkeit zur Folge haben, soweit der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt sein kann.

Hierbei und insoweit kommt der Unterscheidung der Fehlerfolge in Anfechtbarkeit (Aufhebbarkeit) und Nichtigkeit zwar keine wesentliche Bedeutung zu. Denn erstens sind die Grenzen vielfach fließend ²⁹⁴⁾, und zweitens ist die Anfechtungsklage

293) Entspr. §§ 1, 2 DVO/BerlTVG

294) Forsthoff, S. 208; vgl. auch Wolff, StUB I, S. 300; Klinger, § 43, C I 2

auch gegen nichtige Verwaltungsakte zulässig²⁹⁵⁾; die Verwaltungsgerichte prüfen in erster Linie die Rechtmäßigkeit. Aber Rechtsverstöße, die einen Verwaltungsakt lediglich anfechtbar machen, können mit der Klage nur innerhalb einer Frist geltend gemacht werden (§ 74 VwGO), während eine derartige zeitliche Beschränkung für die Nichtigkeit nicht besteht²⁹⁶⁾. Deshalb ist jene Unterscheidung für den Anfechtungsprozeß praktisch bedeutsam, und deswegen ist für das Folgende wichtig, nach welchen Kriterien die Abgrenzung von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit zu erfolgen hat. Aus dem Katalog der Fehlergründe bei der AVE²⁹⁷⁾ sollen einmal Tatbestände näher betrachtet werden, für die streitig ist oder doch zweifelhaft sein kann, ob sie Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit bewirken. Dazu gehören Verstöße gegen die ungewöhnlich ausgestaltete gesetzliche Regelung der Erfordernisse des Antrages mindestens einer Tarifvertragspartei bei der AVE und der Beteiligung des Tarifausschusses. In diesen Fällen wird allgemein eine Rechtswidrigkeit der behördlichen Entscheidung nicht in Zweifel gezogen, wohl aber über das Gewicht der Fehlerhaftigkeit gestritten²⁹⁸⁾.

Weniger das Gewicht der Fehlerhaftigkeit als vielmehr deren Folgen sind problematisch und daher ebenfalls zu untersuchen bei Verstößen gegen die Regelung der sachlichen Voraussetzungen in § 5 I Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 sowie in § 5 V TVG²⁹⁹⁾.

295) BVerwGE 18, 154 (155); Bettermann, DVBl. 63, S. 826 unter 3; Eyermann-Fröhler, Anhang § 42 Rdnr. 1; Klinger, a.a.O.; Koehler, § 113, B VI 3; Wolff, a.a.O., S. 303; Forsthoff, S. 208 f.; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 93; vgl. auch BVerwG, DVBl. 62, S. 835

296) Wolff, a.a.O., S. 300; W. Thieme, DÖV 62, S. 687

297) Vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 54 ff., 61 ff.; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 501 ff.; 505 ff.; dieselben, Grundriß, S. 253; Nikisch, II, S. 511 ff.; Sitzler, AR-Blattei, Tarifvertrag X, Allgemeinverbindlichkeit, E V 1; Maus, TVG, § 5 Rdnr. 98 ff., 101 ff.; derselbe, Handbuch, VII B, Rdnr. 699 ff.; Schnorr v. Carolsfeld, S. 71 f.; Huber, II, S. 451; Gumpert, BB 54, S. 261 f. - Die fehlerhafte Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit und Ablehnung der AVE hingegen finden kaum gesonderte Beachtung.

298) Die Folgerungen der Doppelnaturlehre sind auf diese Streitfragen ohne Einfluß, da ihr zufolge die AVE

Hier ist bereits und vor allem fraglich, wann und in welcher Form ein Rechtsfehler vorliegen kann.

Die Frage, in welchen Fällen Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes und in welchen gegebenenfalls Anfechtbarkeit eintritt, ist, wie so viele der hier berührten, umstritten. Anliegen und Rahmen dieser Arbeit versagen eine ins einzelne gehende Auseinandersetzung, verlangen aber eine Parteinahme.

Allgemein wird die Nichtigkeit von Verwaltungsakten nur bei schwerwiegenden inhaltlichen und verfahrensmäßigen Verstößen angenommen³⁰⁰). Streitig ist, ob darüber hinaus diese Fehlerhaftigkeit auch offenkundig, d. h. für den "aufmerksamen und verständigen Beobachter" erkennbar sein muß, wie es die sogenannte und wohl herrschende Evidenztheorie verlangt³⁰¹). So stellt eine abweichende Ansicht darauf ab, ob sich die Fehlerhaftigkeit bei Kenntnis aller für das Zustandekommen des Verwaltungsaktes wesentlichen Tatsachen einem Rechtskundigen ohne weiteres aufdrängt³⁰²). Eine dritte Theorie versucht,

wenigstens den Tarifbeteiligten gegenüber ein Verwaltungsakt ist. Sie können allerdings für die AVE als Rechtssetzungsakt im Verhältnis zu den Außenseitern nicht entstehen, weil hier grundsätzlich jeder Rechtsverstoß zur Nichtigkeit führt. Die Probleme, die sich aus der verschiedenen Bewertung des Gewichtes der Rechtswidrigkeit in bezug auf einen staatlichen Hoheitsakt ergeben müssen, je nachdem, wer sie geltend macht und welches Gericht darüber zu entscheiden hat, können hier nicht behandelt werden. Vgl. dazu Gross, NJW 65, S. 283 f.

299) Entsprechend § 5 I Rdnr. 2 und IV BerlTVG

300) Eyermann-Fröhler, Anh. § 42 Rdnr. 2; Redeker-v.Oertzen, § 42 Rdnr. 70; Wolff, StuB I, S. 295; Forsthoff, S. 208; Ule, in: Recht - Staat - Wirtschaft III, S. 276, 278; HessVGH, VerwRspr. 6, 203(208 f.); OVG Münster, DVBl. 57, S. 21 f.

301) HessVGH, a.a.O.; VGH Stuttgart, DÖV 58, S. 713; OVG Münster, E 11, 8 (vgl. aber auch E 13, 182(190)); Ule, a.a.O., S. 278 f.; Redeker-v.Oertzen, a.a.O.; Bender, DVBl. 53, S. 33 ff.; Heike, DÖV 62, S. 416 ff.; vgl. auch BVerwGE 11, 106(108); 11, 195(199); offenbar auch Klingner, § 42, F II; der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 verlangt ebenfalls Offenkundigkeit (in § 34 I 1), während sich W. Thieme in DÖV 62, S. 686; 63, S. 341 generell gegen die Evidenz als verwendbares Kriterium für die Nichtigkeit wendet.

302) BayerObLG, NJW 65, S. 1973(1977) = DVBl. 65, S. 842; Koehler, § 113, B VI 3; Lerche, Ordentlicher Rechtsweg usw., S. 49, der allerdings die Gravität als zusätzliches Merkmal leugnet. Vgl. a.a.O., S. 50; ganz ablehnend HessVGH, a.a.O.

ein objektives Kriterium für die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes zu finden; danach soll allein der Fall der rechtlichen Unmöglichkeit Nichtigkeitsgrund sein³⁰³⁾.

Bei allen Bemühungen, allgemeingültige Abgrenzungskriterien zu finden, vermißt man den Hinweis auf die nahezu unübersehbare Vielgestaltigkeit hoheitlicher Tätigkeit; dabei ist das eine Grundtatsache, die jede Verallgemeinerung fragwürdig macht. Es kann hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsaktes einen sehr wesentlichen Unterschied machen, ob es sich um eine Einzelmaßnahme handelt oder um eine Allgemeinverfügung mit einer Vielzahl von Betroffenen, ob um einen (nur) belastenden oder (auch) begünstigenden, um einen ver- oder gebietenden oder rechtsgestaltenden Akt usw. Inhalt und Art des fehlerhaften Verwaltungsaktes können mit anderen Worten nicht ohne Einfluß auf die Bewertung der Fehlerhaftigkeit bleiben³⁰⁴⁾, was - jedenfalls auch - eine zweckgerichtete Betrachtungsweise bedingt³⁰⁵⁾. Dabei kommt es wesentlich darauf an, die Erfordernisse der Rechtmäßigkeit der Verwaltung einerseits und der Rechtssicherheit andererseits miteinander abzuwägen und soweit möglich in Einklang zu bringen. Das Verlangen nach größtmöglicher Rechtmäßigkeit drängt danach, die Nichtigkeitstatbestände auszuweiten, damit sowohl qualitativ wie quantitativ möglichst wenig Unrecht Bestand erhält. Je tiefer der Eingriff und je größer die Zahl der Betroffenen, desto schwerwiegender kann sich der Rechtsverstoß auswirken. Der mit der AVE verbundene Eingriff in die Rechtsverhältnisse einer Vielzahl von Arbeitgebern und Arbeitnehmern bietet hierfür bemerkenswertes Anschauungsmaterial. Umgekehrt verlangt hier das Gebot der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes ein Höchstmaß an rechtlicher Beständigkeit und Wirksamkeit; es erfordert eine angemessene Befristung der Geltendmachung

303) Wolff, StUB I, S. 295 ff., im Anschluß an Jellinek, S. 262 ff., 268 ff.; vgl. auch OVG Münster, E 13, 182 (190); kritisch Bender, a.a.O., S. 35

304) Vgl. Bettermann, Gedächtnisschrift Jellinek, S. 378

305) Forsthoff, S. 208; Bender, a.a.O., S. 36

von Rechtsverstößen zumal dann, wenn der fehlerhafte Verwaltungsakt auch begünstigt³⁰⁶⁾. Auch insofern ist das Erscheinungsbild der AVE beispielhaft: Anhaltende Rechtsunsicherheit hinsichtlich Inhalt und Bestand der Arbeitsverhältnisse vieler Arbeitnehmer, damit zugleich der Kalkulations- und Wirtschaftsgrundlagen vieler Arbeitgeber können für die Dauer untragbare Verhältnisse schaffen.

Den Forderungen der Rechtssicherheit wird im allgemeinen durch die Befristung bereits ausreichend Genüge getan, so daß keine Notwendigkeit besteht, auf Kosten der Rechtmäßigkeit eine weitere - sachliche - Einschränkung in Gestalt der Bedingung der Offenkundigkeit der Fehlerhaftigkeit für jedermann einzuführen. Gerade bei Hoheitsakten, die in einem komplizierten Verfahren ergehen, können erhebliche Rechtsverstöße denkbar sein, ohne daß diese innerhalb der Anfechtungsfrist für jedermann erkennbar werden. Jedenfalls ist das im Falle der AVE nicht von der Hand zu weisen. Denn offenkundig soll - der Evidenztheorie zufolge - die Fehlerhaftigkeit (nur) dann sein, wenn und soweit sie äußerlich, auf den ersten Blick erkennbar ist³⁰⁷⁾; es sollen also nicht erst irgendwelche Ermittlungen des Sachverhaltes - samt der sogenannten interna corporis - erforderlich sein müssen³⁰⁸⁾. Die so verstandene Bedingung der Offenkundigkeit führt jedoch praktisch dazu, daß die Möglichkeit dafür umso geringer ist, je komplizierter und unübersichtlicher ein Verwaltungsakt zustandekommt. Im Falle der AVE jedenfalls ließen sich dann nur sehr wenige Tatbestände denken, die Nichtigkeit bewirken müßten. Es ist daher im allgemeinen wie für die AVE im besonderen die Forderung zu erheben, daß ein schwerer Verstoß (nicht nur im Falle der Offenkundigkeit für jedermann zur Nichtigkeit führt, sondern auch) bereits dann, wenn er sich bei Kenntnis aller für das Zustandekommen wesentlicher Tatsachen ohne weiteres aufdrängt.

306) Vgl. Bender, a.a.O., S. 34

307) Vgl. Heike, DÖV 62, S. 417; OVG Münster, DVBl. 57, 21(23 f.)

308) Bender, a.a.O., S. 36 f.

II. Besondere Tatbestände bei Ausspruch, Aufhebung und Ablehnung der Allgemeinverbindlichkeit

1. Das Antragserfordernis bei der AVE (§ 5 I TVG)

a) Das gänzliche Fehlen eines Antrages

Die Bedeutung des Antrages auf AVE im Rahmen der gesetzlichen Regelung des § 5 TVG wurde bereits in anderem Zusammenhang dargetan³⁰⁹⁾. Es bedarf hiernach keinerlei Begründung dafür, daß eine antraglos ergangene AVE rechtswidrig ist. Ganz allgemein wird auch der Antrag als Wirksamkeitsvoraussetzung der AVE, sein gänzliches Fehlen sonach als derart gewichtiger Mangel angesehen, daß er zur Nichtigkeit führen soll³¹⁰⁾.

Diese Ansicht verdient Zustimmung. Zu beanstanden ist allerdings der Versuch, dieses Ergebnis durch Rückgriff auf einen allgemeinen Grundsatz zu gewinnen, demzufolge die vorgeschriebene, aber mangelnde Mitwirkung des Betroffenen den Verwaltungsakt nichtig macht³¹¹⁾. Das zielt auf die Rechtsfigur des sogenannten zweiseitigen oder auch mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes³¹²⁾. Als Beispiele für solche Verwaltungsakte, die (auch) Pflichten des Betroffenen begründen, werden zumeist die Beamtenernennung und die Einbürgerung genannt³¹³⁾. Aber mit der AVE sind diese und ähnliche Fälle nicht ohne weiteres vergleichbar.

Die Besonderheit der AVE im Verhältnis zu jenen Schulbeispielen zeigt sich bei der Bestimmung der "Betroffenheit". Dieser Begriff wird offenbar anders als hier³¹⁴⁾ als rechtliche und tatsächliche Beeinträchtigung (Belastung), und zwar in Gestalt der Veränderung einer Rechtsstellung ver-

309) Oben S. 47 ff.

310) BAGE 2, 297(300); Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O. Rdnr. 66; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 502, insbes. Fußn. 39 daselbst; Schnorr v. Carolsfeld, S. 71; Maus, Handbuch, Rdnr. 654, 706; Gumpert, BB 54, S. 262; Huber, II, S. 451; mit Bedenken auch Nikisch, a.a.O., S. 513

311) Hueck-Nipperdey, a.a.O.; Gumpert, a.a.O.

312) Vgl. Forsthoff, S. 194 f.; Wolff, StuB I, § 48 (S. 280)

313) Forsthoff, a.a.O., S. 195; Wolff, a.a.O.; Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 59, Anh. Rdnr. 6

314) Vgl. oben S. 24 und passim

standen³¹⁵⁾. Folgt man den Lehren der reinen Verwaltungsakttheorie, so kommen hierfür nur die Außenseiter im Geltungsbereich des Tarifvertrages in Betracht³¹⁶⁾. Den Antrag auf AVE können aber nur Tarifvertragsparteien stellen. Diese können zwar durch den Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit in ihren Rechten beeinträchtigt sein³¹⁷⁾; aber ihre Rechtsstellung erfährt durch die AVE keine Veränderung wie bei den Außenseitern³¹⁸⁾. Die Lehre von der Nichtigkeit des mitwirkungsbedürftigen, aber mitwirkungslosen Verwaltungsaktes geht jedoch bei der Bewertung der Fehlerhaftigkeit von dieser Art der Beeinträchtigung aus. Die vergleichbar hiermit von der AVE zu "Treffenden", die Außenseiter, haben kein Antrags(Zustimmungs-)recht, und die Antragsteller sind nicht die derart Betroffenen (Beeinträchtigten). Darin liegt eine der Eigenheiten der AVE, welche die unbeschene Übernahme von Erkenntnissen bei anderen hoheitlichen Maßnahmen verbietet³¹⁹⁾. Vielmehr kann allein Sinn und Zweck ihrer besonderen Gestaltung Ansatzpunkt sein.

Zu den fundamentalen Voraussetzungen hoheitlichen Tätigwerdens in Form der AVE gehört, wie das Gesetz unmißverständlich macht, der Antrag mindestens einer der Tarifvertragspartner; niemals hat die Behörde die Initiative. Ohne die Initiative in Gestalt eines Antrages darf keine AVE ergehen³²⁰⁾. Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß die eigenmächtige, antraglose AVE nicht wirksam sein darf. Allein die Nichtigkeitsfolge entspricht dem Willen des Gesetzgebers, wie er in der Regelung des TVG seinen Ausdruck gefunden hat³²¹⁾.

315) So jedenfalls bei Hueck-Nipperdey, a.a.O.; Gumpert, a.a.O.; Forsthoff, S. 196

316) Vgl. dazu oben S. 5, 27 ff.

317) Vgl. oben S. 49 ff.

318) Vgl. oben S. 50 f., 59

319) So - jedenfalls im Ergebnis - zutreffend Nueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 54. Wie sich allerdings die dortigen Überlegungen mit der a.a.O. Rdnr. 48 im Anschluß an Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., vertretenen Doppelnaturlehre vereinbaren läßt, bleibt unklar.

320) Vgl. dazu ausführlich oben S. 49 ff.

321) Nikisch, II, S. 513. Gleiches wird auch für den Fall zu gelten haben, daß die AVE ohne erforderliche Zustimmung des Antragstellers anders als beantragt ergeht. Vgl.

b.) Der fehlerhafte Antrag

Hier liegen die Verhältnisse nicht so eindeutig. Zwar scheint auch hier die herrschende Meinung, soweit ersichtlich, auf dem Standpunkt zu stehen, dieser Mangel müsse - im wesentlichen aus gleichen Gründen - zur Nichtigkeit der AVE führen³²²⁾, doch vertritt immerhin A. Hueck³²³⁾ (insoweit eine Gegenposition. Er meint insbesondere³²⁴⁾, die Fehlerhaftigkeit eines Antrages sei für die betroffenen Arbeitgeber und -nehmer nicht nachprüfbar. Es würde sehr unzumutbar sein, wenn in derartigen Fällen rückwirkende Nichtigkeit angenommen werden müßte und dadurch die Tarifansprüche zahlreicher Arbeitnehmer vernichtet werden könnten³²⁵⁾.

Die Frage, ob der Tatbestand des mangelhaften demjenigen des gänzlich fehlenden Antrages gleichzusetzen ist mit der Folge, daß in beiden Fällen Nichtigkeit der AVE eintritt, kann in dieser Allgemeinheit nicht bejaht werden. Das ist schon deswegen nicht zulässig, weil bereits zweifelhaft sein kann, ob jeder fehlerhafte Antrag die AVE rechtswidrig macht. Es ist daher zunächst ein Blick auf die Anforderungen im einzelnen zu werfen, die an den ordnungsgemäßen Antrag zu stellen sind.

Das Gesetz fordert den "Antrag einer Tarifvertragspartei" (§ 5 I TVG; vgl. auch § 4 Satz 1 DVO/TVG = § 3 I 1 DVO/BerlTVG).

Eine bestimmte Form ist nirgends vorgeschrieben³²⁶⁾. Doch scheint das Gesetz Schriftform als selbstverständlich vorauszusetzen³²⁷⁾. Ohne Frage ist es untunlich, formlose

dazu oben S. 63 f. Denn insoweit sie vom Antrag abweicht, ergeht sie ohne Antrag, ist dann allerdings möglicherweise auch nur zum Teil nichtig.

322) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 502 und Fußn. 71 daselbst; Nikisch, a.a.O. und Fußn. 53 daselbst

323) Bei Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.

324) A.a.O.

325) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.

326) Das Gesetz kennt im übrigen sehr wohl bestimmte Formen. Vgl. z.B. § 1 II, § 5 II TVG, § 3 II 1, § 4 I 5 DVO/TVG

327) Das könnte vor allem aus § 3 II 1 DVO/BerlTVG herausgelesen werden.

- d.h. mündliche - Anträge zu stellen. Aber der Formmangel des Antrages führt allein nicht zur Rechtswidrigkeit der AVE. Bezüglich des *I n h a l t e s* findet man nur die Vorschrift des § 3 II 1 DVO/BerlTVG³²⁸⁾. Zu fordern ist aber jedenfalls, daß ein Antrag auf AVE inhaltlich als solcher erkennbar sein muß; ist das nicht der Fall, so liegt kein gültiger Antrag vor, ist die AVE rechtswidrig. Was darüber hinaus von § 3 II 1 DVO/BerlTVG gefordert wird, erweist sich im Zusammenhang mit Satz 2 a.a.O. als verständlich; nach Ansicht des Verordnungsgebers sollen die "Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 TVG" dann "offensichtlich" nicht vorliegen, wenn sie nicht gemäß Satz 1 dargetan sind³²⁹⁾. Ein Verstoß gegen § 3 II 1 DVO/BerlTVG allein kann also die Ablehnung des Antrages begründen, nicht aber die Fehlerhaftigkeit und Rechtswidrigkeit der beantragten und erlassenen AVE.

Es muß sich um den Antrag einer der am Tarifvertrag beteiligten Partner handeln. Andernfalls ist ein Antrag im Sinne des Gesetzes nicht gegeben und die AVE jedenfalls rechtswidrig. Ist die Tarifvertragspartei ein Verband (rechtsfähiger oder nichtrechtsfähiger Verein i.S. des BGB), so muß der Antrag durch einen satzungsmäßigen Vertreter gestellt sein (§§ 26 ff. BGB). Mangelnde Vertretungsmacht bewirkt Fehlerhaftigkeit des Antrages mit der Folge schwebender Unwirksamkeit³³⁰⁾. Beruht die AVE auf einem solchen Antrag, so ist sie fehlerhaft und rechtswidrig.

Was die Folge solcher Rechtswidrigkeit betrifft, so ist die Regel wie folgt aufzustellen: Liegt ein fehlerhafter Antrag vor, so kommt lediglich Anfechtbarkeit der AVE in Betracht, wenn es sich um einen Fehler handelt, der einer nachträglichen

328) "Vom Antragsteller ist im Antrag unter genauer Begründung darzulegen, daß die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 TVG gegeben sind."

329) Vgl. oben S. 88 Fußn. 327 sowie die vorstehende Fußnote

330) Von der Zulässigkeit der Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften über Willenserklärung und Stellvertretung kann insoweit unbedenklich ausgegangen werden. Vgl. Forsthoff, S. 168 f.; Staudinger-Coing, BGB, Allgemeiner Teil, III. Abschnitt (Rechtsgeschäfte), Vorbem. zum Zweiten Titel, Rdnr. 26 ff. m.w.Nachw.; Wolff, StUB I, S. 192 f.

chen Heilung zugänglich ist, wie im Falle des Mangels der Vertretungsmacht³³¹⁾. Ein solcher kann nach Gewicht nicht dem Fall des fehlenden oder schlechthin ungültigen Antrages gleichgestellt werden. Dagegen entspricht es der hier schon wiederholt herausgestellten³³²⁾ Bedeutung des Antrags-erfordernisses im Rahmen der gesetzlichen Regelung der AVE, deren Nichtigkeit dann anzunehmen, wenn die Fehlerhaftigkeit derart ist, daß der Behörde, spricht sie die Allgemeinverbindlichkeit desungeachtet aus, der Vorwurf der bewußten oder fahrlässigen Eigenmächtigkeit zu machen ist. So kann es sein, wenn der Antrag widerspruchsvoll, zu unbestimmt ist oder Unzulässiges verlangt usw.

2. Die sachlichen Voraussetzungen für Ausspruch, Aufhebung und Ablehnung der Allgemeinverbindlichkeit
(§ 5 Abs. 1 und 5 TVG, § 4 Abs. 2 DVG/TVG)

Wie oben³³³⁾ schon angedeutet, steht hier nicht im Vordergrund des Interesses, ob ein Verstoß zu Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit führt, sondern die Vorfrage, wann deswegen der Verwaltungsakt rechtswidrig ist³³⁴⁾.

331) Die nachträgliche Heilungsmöglichkeit will hier lediglich als Indiz für die Bedeutung der Fehlerhaftigkeit verstanden sein. Ist der Fehler nachträglich beseitigt worden, so kann die AVE nicht fehlerhaft und rechtswidrig sein.

332) Vgl. oben S. 47 ff., 57 ff., 86 ff.

333) S. 82 f.

334) Das gilt allerdings nicht hinsichtlich des Tatbestandes gem. § 5 I Nr. 1 TVG. Zwar soll, fehlt es an der Mindestzahl von 50 % der im Geltungsbereich des Tarifvertrages von den tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmern, dieser Mangel nach übereinstimmender Ansicht im arbeitsrechtlichen Schrifttum die Rechtswidrigkeit einer AVE zur Folge haben. Vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 55; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 502; Nikisch, II, S. 514 f.; Huber, II, S. 452; Schnorr v. Carolsfeld, S. 72; Maus, TVG, § 5 Rdnr. 104; derselbe, Handbuch, VII B Rdnr. 700.

Aber bei der Feststellung, ob die Voraussetzungen dieses Tatbestandes gegeben sind, ist der Behörde kein Entscheidungsspielraum gegeben. Die Tatbestandsbegriffe Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Tarifgebundenheit und Geltungsbereich des Tarifvertrages sind objektiv und empirisch eindeutig bestimmt; sie sind entweder erfüllt oder nicht, lassen also der Behörde keinen Spielraum möglicher Bewertung. Daß desungeachtet auch hier Unsicherheiten in tatsächlicher Beziehung verbleiben

(1) Für Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit ist - bei der AVE jedenfalls **a u c h** - ein öffentliches Interesse erforderlich. Das wird für die Tatbestände gemäß § 5 I Nr. 2 und § 5 V TVG ausdrücklich, für § 5 I Satz 2 TVG sinngemäß ausgesprochen³³⁵⁾. Rechtswidrig können Ausspruch wie Aufhebung somit sein, wenn und soweit sie nicht auch im öffentlichen Interesse geboten bzw. nur im Falle der AVE zur Behebung eines sozialen Notstands erforderlich erscheinen; rechtswidrig kann die Ablehnung des Antrages auf AVE sein, wenn diese erfolgt, obwohl die AVE geboten oder erforderlich erscheint. Genauer besehen: Ausspruch, Aufhebung und Ablehnung können rechtswidrig sein, wenn und soweit sie auf einer fehlerhaften Entscheidung über das Vorliegen einer jener Tatbestände beruhen. Dies bedarf keiner besonderen Feststellung und wirft keine Probleme auf, wenn - wie bei Verwaltungsakten normalerweise - zwischen der sachlich entscheidenden und der handelnden staatlichen Stelle eine funktionelle Identität besteht. Gerade dies kann indessen bei der AVE anders sein, und zwar infolge der eigenartigen Beteiligungsfunktion des Tarifausschusses. Das ist näher zu erläutern, wobei zwangsläufig späteren Untersuchungen des Tarifausschusses, wenn auch unter anderem Blickwinkel, vorgegriffen werden muß.

Nach § 5 Abs. 1 und 5 TVG kann der Arbeitsminister die Allgemeinverbindlichkeit nur "im Einvernehmen" mit dem Tarifausschuß aussprechen bzw. aufheben. Die Bedingung des Einvernehmens bedeutet, daß eine Bindung des Ministers an das Votum besteht, sofern und soweit es negativ ausfällt³³⁶⁾, d. h. also eine Ablehnung oder wenigstens keine Zustimmung enthält; Ausspruch wie Aufhebung dürfen dann nicht erfolgen, wie durch § 7 Abs. 1 Satz 1, § 9 DVC/TVG noch ausdrück-

können, ändert daran nichts. Vgl. Nikisch, a.a.O., S. 504; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 6 a.E.

335) Die Behebung eines sozialen Notstandes ist immer im öffentlichen Interesse. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 10; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 488

336) Vgl. BVerwG, DVBl. 66, S. 177(18C); Heinze, VerwA Bd. 52 (1961), S. 164

lich klarge stellt wird³³⁷⁾. An ein positives Votum des Ausschusses ist der Minister hingegen nicht gebunden; er kann desungeachtet anders (abweichend) entscheiden, wenn und soweit er die Tatbestände des § 5 I und V TVG nicht für gegeben hält³³⁸⁾. Daraus folgt, daß er den Antrag auf AVE ablehnen muß, wenn der Tarifausschuß dagegen oder wenigstens nicht dafür ist, gleichgültig, ob er die AVE für geboten oder erforderlich hält, oder ob er überhaupt keine eigene Meinung gebildet hat³³⁹⁾. Die Ablehnung des Antrages spricht er aus; die Entscheidung über die Ablehnung trifft er nicht, so daß also hier die Funktion zum Erlaß des Verwaltungsaktes (Arbeitsminister) und die zur sachlichen Entscheidung über den zu erlassenden Verwaltungsakt (Tarifausschuß) auseinanderfallen³⁴⁰⁾.

Nun ist nach der Fassung des Gesetzes wohl nicht zu bezweifeln, daß der Arbeitsminister vor seiner und für seine Entscheidung - nur! - zu prüfen und zu erwägen hat, ob die AVE im öffentlichen Interesse geboten oder zur Behebung eines sozialen Notstandes erscheint, und daß ihm - vielleicht³⁴¹⁾ - darüber hinaus ein abgrenzbarer Ermessensspielraum gewährt ist. Gilt das aber auch für den Tarifausschuß? Die Antwort hierauf kann von erheblicher Bedeutung sein im Falle des negativen Votums, weil dann der Beschluß allein maßgeblich ist für den Inhalt des zu erlassenden Verwaltungsaktes, und also dessen Rechtmäßigkeit von

337) Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 494; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 14, 24; Nikisch, II, S. 508; vgl. auch Dersch, Festschrift Nipperdey (60. Geb.), S. 233 f.; Kaskel-Dersch, S. 98

338) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 493; Maus, Festschrift für Bogs, S. 180; derselbe, Handbuch, a.a.O., Rdnr. 663

339) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 494; vgl. auch BVerwG, a.a.O.

340) Zumindest ungenau daher Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 493; Maus, Handbuch, a.a.O., Rdnr. 663, denen zufolge der Tarifausschuß nicht über den Antrag auf AVE entscheidet (ähnlich auch Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 251). Nach dem Gesetz entscheidet er in der Sache sehr wohl (mit); der Arbeitsminister kann nicht mehr über einen vom Tarifausschuß aufgrund eigener Sachentscheidung abgelehnten Antrag sachlich befinden. Vgl. Heinze, a.a.O., S. 142

341) Die Frage eines besonderen (zusätzlichen) Verhaltensermessens wird noch weiter unten ausführlich behandelt.

der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung abhängt. Das Gesetz gibt keine ausdrückliche Antwort. Man ist infolgedessen auf die Auslegung angewiesen. Zwei Möglichkeiten bieten sich hier an.

Es kann erstens sein, daß der Tarifausschuß nicht mehr und nicht weniger Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis hat als der Arbeitsminister. Ebenso ist aber denkbar, daß der Tarifausschuß ganz oder teilweise keinen bestimmten Bindungen und Beschränkungen sachlicher Art bei seiner Entscheidung unterliegt, d. h. ganz oder teilweise frei ist. Es bedarf keiner Erläuterung, welche - bedenklichen - Konsequenzen diese letzte Alternative für die Rechtmäßigkeit und den Umfang der Rechtskontrolle hätte. Bedenklich, weil die Gefahr unkontrollierbarer Willkür eröffnet würde.

Dennoch ist nicht von der Hand zu weisen, daß der Gesetzgeber seinerzeit diese Interpretation im Sinn hatte. Diese Vermutung gründet sich hauptsächlich auf folgende Überlegungen. Unzweifelhaft dürfte sein, daß es Aufgabe und Funktion des Tarifausschusses ist, bei der Willensbildung der Behörde mitzuwirken. Aber gälte es nur sicherzustellen, daß der Tarifausschuß wegen besonderer Sachkenntnis seiner Mitglieder in gebührender Form und unbeeinflußt mit Vorstellungen, Anregungen und Anträgen mithilft bei Prüfung und Entscheidung, ob die AVE im öffentlichen Interesse geboten oder zur Beseitigung eines sozialen Notstandes erforderlich ist, dann mag diese Ausgestaltung von Form und Verfahren der Beteiligung kaum ausreichend erklärbar sein. Insbesondere bliebe fragwürdig, warum es deswegen einer besonderen förmlichen Stellungnahme des Tarifausschusses als kollegial-einrichtung bedarf, aufgrund getrennter, geheimer Beratung und Entscheidung (§ 2 DVC/TVG), auf die die Arbeitsbehörde formal keinen Einfluß ausüben darf, nach dem BerlTVG nicht einmal indirekt durch Leitung der Sitzung³⁴²⁾. Das alles deutet auf gewollte Ungebundenheit und Unkontrollierbarkeit des Tarifausschusses bei seinen Entschlüssen hin, und die-

342) Das läßt sich jedenfalls aus einem Vergleich von § 2 I DVC/TVG mit § 2 DVC/BerlTVG schließen.

ses Motiv wiederum ist allenfalls sinnvoll, wenn man voraussetzt, daß der Tarifausschuß nicht (nur) Erwägungen der Eignung und Erforderlichkeit des Ausspruchs bzw. der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im öffentlichen Interesse anstellt und berücksichtigt, sondern (auch) beispielsweise reine Verbandsinteressen der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, wobei ihm weder sachlich noch formell Vorschriften gemacht werden sollen. Ein weiteres kommt hinzu. Ist der Tarifausschuß gegen eine beantragte AVE, so gibt sein Votum den Ausschlag; der Tarifausschuß hat hier eine Sperrfunktion³⁴³⁾, eine Funktion also, die nichts mehr mit einer bloßen Mitwirkung bei der Willensbildung zu tun hat. Diese Sperrfunktion äußert sich aber zwangsläufig bereits dann, wenn im Tarifausschuß keine Mehrheit für den Antrag zustandekommt (§ 3 I 3 DVO/TVG), wenn also z. B. Arbeitgeber- wie Arbeitnehmervertreter jeweils geschlossen gegeneinander stimmen³⁴⁴⁾. Diese auch vom Gesetzgeber - vgl. § 3 I DVO/TVG - erkannte und in Kauf genommene Möglichkeit verstärkt den Eindruck, daß unterstellt oder jedenfalls nicht ausgeschlossen sein sollte, daß die Mitglieder des Ausschusses (auch) reine Verbandsinteressen zur Geltung zu bringen suchen, Interessen also, die mit denen der Allgemeinheit übereinstimmen können, aber nicht müssen und diesen sogar widerstreiten mögen.

Das ist, wie gesagt, e i n e denkbare Auslegung. Gegen sie spricht folgendes. Bei den Mitgliedern des Ausschusses handelt es sich zwar um Vertreter der - vornehmlich organisierten - Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Sie sind aber bestellt aufgrund der Vorschläge der beiderseitigen Spitzenorganisationen (§ 5 I TVG, § 1 DVO/TVG). Dies läßt auf Willen wie auf Erwartung schließen, daß sie der Behörde gegenüber sowohl als Vertreter eines erheblichen Teiles der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft und damit der Allgemeinheit ihre Ansicht zur Frage der Eignung und Erforderlich-

343) Maus, Festschrift Bogs, S. 180; Herschel, Festschrift Hueck, S. 118

344) Mit anderen Worten: Für ein positives Votum sind vier Stimmen erforderlich, für ein negatives genügen schon drei! - Vgl. Nikisch, II, S. 508

keit von Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit vertreten, als auch und zugleich als in der einzelnen Sache nicht unmittelbar Beteiligte die Ansichten und Erfahrungen der Sozialpartner schlechthin nahebringen. In dieser Zusammensetzung des Tarifausschusses ist eine weitgehende Garantie gegeben für Eignung und Bereitschaft, bei der Prüfung und Entscheidung darüber mitzuwirken, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für Ausspruch und Aufhebung einer Allgemeinverbindlichkeit gegeben sind. Diese Erwägung schließt notwendig den Gedanken aus, daß die Mitglieder willkürlich und unkontrollierbar Verbandsinteressenvertretung betreiben könnten³⁴⁵⁾. Andererseits fügt sich zwanglos in diese Betrachtungsweise die Regelung über die Beschlußfassung im Ausschuß. Denn diese Konstruktion des Gesetzes (§ 3 I DVO/TVG, § 2 II DVO/BerlTVG) will gerade gewährleisten, daß für ein positives Votum nicht schon die Meinung nur einer Seite, der Arbeitgeber o d e r der Arbeitnehmer, ausschlaggebend wird; es soll vielmehr mindestens noch eine Stimme - also notwendig eine der anderen Seite - hinzutreten müssen, damit ein Beschluß zustandekommt. Damit soll auf die Maßgeblichkeit objektiver, überparteilicher Gesichtspunkte hingewirkt werden. Die zugleich entstandene Blockademöglichkeit durch eine Seite ist demgegenüber eine u. U. unerfreuliche, weil zum Mißbrauch geeignete, aber wohl nicht zu umgehende Nebenfolge. Aus ihr dürfen keinesfalls grundsätzliche Rückschlüsse auf die Beweggründe des Gesetzgebers gezogen werden³⁴⁶⁾.

Alles das spricht für die Auslegung, wonach der Tarifausschuß bei der Prüfung und Entscheidung über die sachlichen Voraussetzungen des Ausspruchs und der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit aufgrund der sozialpolitischen Erfahrungen und Kenntnisse seiner Mitglieder mitwirken soll, d. h. nur zustimmen soll, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen für gegeben hält, und ablehnen nur, wenn und soweit dies nicht der Fall ist.

345) Vgl. Maus, Handbuch, a.a.O., Rdnr. 659 Fußn. 610; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 491 Fußn. 5

346) Vgl. darüber oben S. 93

Diese Auslegung ist auch allein verfassungskonform, während jene andere rechtsstaatlich bedenklich erscheinen muß. Denn sie führt zu dem Ergebnis, das die Entscheidung des Tarifausschusses ganz oder teilweise auf nicht nachvollziehbaren willkürlichen Erwägungen beruhen kann, was im Falle der Ablehnung der AVE zu ungerechtfertigter, aber aus der Natur der Sache erwachsender Unkontrollierbarkeit der Entscheidung führen würde (Art. 19 IV GG).

Es ergibt sich also: Der Tarifausschuß hat im Rahmen des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit (nur) mitzuentcheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind³⁴⁷⁾; die Entscheidung darüber kann sogar im Endeffekt ganz allein durch ihn erfolgen, wenn und soweit er Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit ablehnt. Geschieht das zu Unrecht, so ist die vom Arbeitsminister auszusprechende Ablehnung eines Antrages einer Tarifvertragspartei rechtswidrig, weil s e i n e Entscheidung fehlerhaft war. Hier muß also nicht immer die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung auf einem Rechtsfehler dessen beruhen, dem sie zugerechnet wird; denn nach außen ist und bleibt es der Arbeitsminister, der handelt³⁴⁸⁾.

Man kann bezweifeln, ob der Gesetzgeber diese komplizierten und daher unbefriedigenden Ergebnisse seiner Konstruktion für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz bedacht hat.

(2) Für die nächste Frage, w a n n die Entscheidung über Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit rechtsfehlerhaft sein kann, kommt es darauf an, ob jeweils nur eine dem Gesetz entsprechende Entscheidung denkbar ist. Ist das der Fall, dann ist jede andere Entscheidung rechtsfehlerhaft³⁴⁹⁾. Sind aber nach dem Gesetz jeweils inhaltlich

347) Infolgedessen kann auch das Votum des Tarifausschusses auf Klage gegen die Entscheidung nicht von der gerichtlichen Überprüfung ausgenommen sein.

348) Damit wird zugleich die Frage der Passivlegitimation berührt, auf die jedoch später zurückzukommen sein wird.

349) Vgl. Obermayer, NJW 63, S. 1182 unter b 2

verschiedene Entscheidungen möglich, dann gibt es regelmäßig keine derartige Alternative. Dann kann der Behörde ein Spielraum des Ermessens eingeräumt sein, mit der Folge, daß rechtsfehlerhaft nur diejenige Entscheidung ist, bei welcher die Ermessensgrenzen überschritten wurden, oder bei der vom Ermessen ein rechtsfehlerhafter Gebrauch gemacht wurde. Dann hat auch das Verwaltungsgericht die Entscheidung der Behörde nur hierauf zu überprüfen, wie sich aus § 114 VwGO ergibt.

a) Die Frage, ob der Behörde ein Ermessensspielraum eingeräumt ist, ist sonach zugleich die Frage nach den Schranken gesetzmäßiger behördlicher Entscheidungsbefugnis. Sie bedarf daher in diesem Zusammenhang der Klärung.

Bisher hat man überwiegend die gesetzliche Bedingung für den Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit, daß sie "im öffentlichen Interesse geboten erscheinen" müsse³⁵⁰⁾, als Weisung (Ermächtigung) zur Ermessensbetätigung angesehen³⁵¹⁾; die Entscheidung über das Vorliegen dieser Bedingung sollte immer Ermessensentscheidung sein. Diese Ansicht wurde - soweit man sie überhaupt näher begründete - vornehmlich mit dem Hinweis auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes belegt³⁵²⁾. Die gegenteilige Meinung wurde von einer

350) Gleiches gilt für den sozialen Notstand in § 5 Satz 2 TVG; hierüber vgl. weiter unten.

351) BAGE 2, 297(300); OVG Berlin, AP Nr. 3 zu § 5 TVG mit zust. Anm. von Herschel; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 8, 55; Maus, TVG, § 5 Rdnr. 33, 108; derselbe, Handbuch, a.a.O. Rdnr. 702; Nikisch, II, S. 515; Huber, II, S. 451; Gumpert, BB 1959, S. 274; Auffahrt, BARbBl. 1957, S. 757, Fußn. 8

352) So bei OVG Berlin, a.a.O. mit Anm. Herschel daselbst; Nikisch, a.a.O.; Maus, Handbuch, a.a.O., dessen Hinweis auf das Vorbild des früheren Rechtes aber nicht erkennen läßt, daß § 2 TVG als vergleichbare Voraussetzung für die AVE nur die "überwiegende Bedeutung" des Tarifvertrages für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen des Berufskreises in dem Tarifgebiet verlangte. Wenn derselbe Autor in TVG, § 5 Rdnr. 108, zur Unterstützung seiner Ansicht auf Jacobi, Grundlehren, S. 113, verweist, so mag dazu angemerkt werden, daß dieser die AVE immerhin als RVO, nicht aber, wie Maus, als Verwaltungsakt ansah. Vgl. Jacobi, a.a.O., S. 99 ff.

Minderheit vertreten, zu der allerdings auch N i p p e r - d e y gehörte³⁵³⁾. Danach handelte es sich bei den von § 5 Abs. 1 Ziff. 2 und Satz 2 TVG verwendeten Tatbestandsmerkmalen um sogenannte unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Anwendung gerichtlich voll nachprüfbar sei³⁵⁴⁾. N i p p e r d e y³⁵⁵⁾ begründete seine Auffassung damit, "aus der grundsätzlichen Beschränkung der staatlich-autoritativen Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Prinzipien des sozialen freiheitlichen Rechtsstaates" ergebe sich, daß bei der Anwendung der Begriffe in § 5 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Satz 2 TVG stets nur eine Entscheidung richtig sein könne, "nämlich die, die mit dem Verfassungsrechtssatz des sozialen, freiheitlichen Rechtsstaates in Einklang" stehe³⁵⁶⁾.

aa) Zum Verständnis dieser Meinungsverschiedenheit und der nachfolgenden Stellungnahme dazu ist ein kurzer Blick auf die theoretischen und dogmatischen Grundsätze der Ermessenslehre unumgänglich. Hier ist allerdings vieles kontrovers; es kann daher der Stand der Meinungen nur andeutungsweise wiedergegeben werden; es hieße den Rahmen des Erforderlichen überschreiten, wollte man angesichts des kaum noch übersehbaren Schrifttums hier auch nur den Versuch einer erschöpfenden Darstellung wagen.

Im wesentlichen unbehelligt von allen Auseinandersetzungen blieb der Gedanke, daß dem Begriff des Ermessens ein Spielraum wesentlich ist, ein Spielraum des Handelns und Entscheidens, eine Freiheit der Wahl zwischen mehreren, gesetzlich gleich zulässigen Möglichkeiten des Verhaltens³⁵⁷⁾.

353) Der Hinweis von Hildegard Krüger, RdA 1957, S. 50, auf eine insoweit "herrschende Lehre" geht daher jedenfalls bezüglich § 5 TVG fehl. Vgl. die in Fußn. 351 Genannten!

354) Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 505, vor allem Fußn. 53; dieselben, Grundriß, S. 253; VG Berlin, Urteil vom 29. 2. 1956 - VG IV A 415/55 a; Leitsätze in BB 1956, S. 785; Hildegard Krüger, a.a.O.

355) Bei Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, a.a.O.

356) Kritisch hierzu Nikisch, II, S. 515 Fußn. 63

357) Vgl. - beispielsweise - Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, Bd. I, 1. Halbbd., 15. Aufl., S. 309; Peters, Lehrb., S. 10; Forsthoff, S. 74, 77, 84; Flume,

Die Frage ist nur, wann und in welcher Weise das Gesetz einen derartigen Spielraum gibt.

Die oben³⁵⁸⁾ wiedergegebenen Meinungsäußerungen zu § 5 I TVG lassen sich zum größten Teil noch auf die Grundsätze der überkommenen Ermessenslehre zurückführen. Diese knüpfte das Ermessen an die gesetzlich gewollte oder doch zugelassene Mehrdeutigkeit, wie sie bei (manchen) unbestimmten Gesetzesbegriffen, zumal Wertbegriffen, in Erscheinung tritt³⁵⁹⁾. Man unterschied demzufolge Ermessensbegriffe und unbestimmte Begriffe (im engeren Sinne). Allgemein galt, daß ein unbestimmter Gesetzesbegriff im engeren Sinne, d.h. als Gegensatz zum Ermessensbegriff, anzunehmen sei, wenn der Behörde nicht die Wahl zwischen mehreren Entscheidungen hätte, sondern nur eine rechtmäßige Entscheidung möglich sei - und umgekehrt. Könne ein Begriff von Fall zu Fall aufgrund der jeweils gegebenen Tatsachen und gesammelten Erfahrungen oder nach durchschnittlichen sozialen, wirtschaftlichen oder technischen Anschauungen konkretisiert werden und sei die hiernach im Einzelfall zu treffende Entscheidung allein durch Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter den gesetzlichen Tatbestand zu gewinnen, so bleibe für behördliches Ermessen kein Raum³⁶⁰⁾; Auslegung wie Anwendung seien uneingeschränkt nachprüfbar³⁶¹⁾. Ob ein

Festschrift Smend, S. 97; Reuß, Sonderdruck, S. 18; Lerche, Staatslexikon, Sp. 10; Bachof, JZ 62, S. 704; Obermayer, NJW 63, S. 1177; Klinger, § 42, G I 1; Bettermann, Rechtsgleichheit usw., S. 79. Von Ermessen als Wahlfreiheit kann allerdings nicht die Rede sein, wo der Gleichheitssatz entgegensteht; Ermessen bedeutet auch keine Freiheit der Wahl zwischen Anwendung und Nichtanwendung des Gesetzes. Vgl. dazu Bettermann, a.a.C., S. 80 ff., 83 ff.; BVerfGE 18, 353(363), NJW 65, S. 741 ff.

358) S. 97 f.

359) Vgl. Jellinek, S. 30 ff.; Klinger, a.a.O.; Forsthoff, S. 75 ff.

360) BVerwGE 2, 313(324); BVerwG, NJW 55, S. 196; BVerwGE 4, 305(307); CVG Berlin E 1, 174(176) = DVBl. 52, S. 770 f.; CVG Berlin, JR 54, S. 71; CVG Münster E 1, 45(46); LVG Rheinland-Pfalz, MDR 54, S. 188; Jellinek, S. 31; Peters, Lehrb., S. 11; Giese, JZ 52, S. 585; Forsthoff, S. 76; Klinger, § 42, G II.

361) BVerwGE 2, 276(278 f.); E 4, 305(307); E 8, 234(235); CVG Berlin E 1, 176 f.; LVG Rheinland-Pfalz, a.a.C.; CVG Münster, a.a.O.

Begriff behördlichem Ermessen Platz biete, müsse jeweils von Fall zu Fall festgestellt werden³⁶²⁾ nach dem Sinn des Gesetzes entsprechend dem Willen des Gesetzgebers³⁶³⁾. Da dies im Einzelfall sehr schwierig sein kann, wurden manche Gesetzesbegriffe jeweils sehr verschieden beurteilt, unter ihnen vor allem der des "öffentlichen Interesses"³⁶⁴⁾. Das erklärt zum Teil auch die Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des "öffentlichen Interesses" in § 5 I Nr. 2 TVG.

Die neuere Entwicklung auf dem Gebiet der Ermessenslehre hat die bisherigen Kriterien in Frage gestellt. Zunächst sind - auf breiter Front - Einwendungen erkenntnistheoretischer Art erhoben worden gegen die unterschiedslose Verwendung des Ermessensbegriffes³⁶⁵⁾. So wird vielfach der Begriff der Ermessensbetätigung von den unbestimmten Gesetzesbegriffen vollkommen getrennt; Ermessen als Freiheit der Wahl zwischen mehreren rechtlich möglichen Verhaltensweisen könne, so heißt es, nur in Form des Handlungsermessens denkbar sein. Dessen Betätigung geschehe durch Willensentscheidung, während die Auslegung und Anwendung des bestimmten oder unbestimmten Gesetzesbegriffes Erkenntnisfrage sei³⁶⁶⁾. (Handlungs-)Ermessen gebe es nur auf der Rechtsfolgeseite eines Rechtssatzes, d. h. hinsichtlich der Verwirklichung der Rechtsfolge, niemals auf der Tatbestandsseite³⁶⁷⁾.

362) Huber, II, S. 654; Klinger, a.a.O., G I 2

363) Huber, a.a.O.; Nebinger, S. 223, 229; Schütz, DÖV 54, S. 556 f.; Koehler, § 114, B I 6; HessVGH, DÖV 57, S. 222

364) Vgl. aus der Fülle der vertretenen Ansichten z. B. Fleiner, Institutionen, S. 142, 144; Giese, JZ 52, S. 585 ff. (Ermessensbegriff); Dürig, JZ 53, S. 535 ff.; VGH Freiburg, DÖV 53, S. 630 f. (unbestimmter Rechtsbegriff); vgl. dazu auch Forsthoff, S. 79 f.

365) BSGE 1, 184 ff. = NJW 56, S. 527; Reuss, DVBl. 53, S. 585 f.; derselbe, DÖV 54, S. 55 f.; 536 f., 558 f.; derselbe, Sonderdruck, S. 18; Flume, Festschrift R. Smend, S. 97 f.; Bachof, JZ 55, S. 98 ff.; Ule, Gedächtnisschrift Jellinek, S. 309 ff.; Jesch, AöR 82, S. 163 ff.; Czermak, NJW 61, S. 1906; Menger, VerWA Bd. 51 (1960), S. 70 f.; vgl. auch Wolff, StuB I, S. 150 f.

366) Bachof, JZ 55, S. 98; Ule, DVBl. 53, S. 497 Fußn. 20; Schindler, MDR 54, S. 332; Reuss, DÖV 54, S. 55; derselbe, Sonderdruck, S. 18; derselbe, DVBl. 53, S. 586 f., 651; Idel, NJW 55, S. 734; teilweise abweichend Jesch, a.a.O., zumal S. 233

367) Reuss, DÖV 54, S. 55; Schindler, a.a.O.; Menger, VerWA,

Aus alldem wiederum zieht eine - freilich in der Minderheit gebliebene - Auffassung den Schluß, die Anwendung aller unbestimmter Gesetzesbegriffe sei immer eine uneingeschränkt nachprüfbare Rechtsfrage; denn auch bei unbestimmten Begriffen könne es der Idee nach nur eine rechtmäßige Lösung geben, so daß kein Ermessensspielraum bestehe³⁶⁸⁾.

Demgegenüber hält die Lehre vom Beurteilungsspielraum Ausnahmen von dieser Regel für möglich und zulässig. Es gebe unbestimmte Gesetzesbegriffe, deren Anwendung auf den Sachverhalt wegen der besonderen Unbestimmtheit ein Werturteil erfordere, und wo dieses Werturteil wegen der Komplexität der dabei anzustellenden Erwägungen und der Vielzahl der "nicht mitteilbaren Imponderabilien"³⁶⁹⁾ nicht oder nur begrenzt nachvollziehbar sei³⁷⁰⁾. Innerhalb solcher Grenzen³⁷¹⁾ könne man nicht von falscher oder richtiger Beurteilung sprechen, sondern nur von verschiedenen, aber gleichermaßen rechtmäßigen Ansichten³⁷²⁾. Eine uneingeschränkte Rechtskontrolle im Hinblick auf die nach dem Gesetz "richtige" Beurteilung sei daher nicht möglich, weil keine objektiv "bessere" Erkenntnis möglich sei, und sie nur dazu führen würde, daß die überprüfende Stelle ihre subjektiven Wertvorstellungen an die Stelle derjenigen der Behörde setzen müßte³⁷³⁾. In derartigen Fällen sei der

a.a.O.; derselbe, Grundrechte III/2, S. 754; Eyermann-Fröhler, § 114 Rdnr. 10; Obermayer, NJW 63, S. 1180 unter 2; Wolff, a.a.O., S. 151; Korbmacher, DÖV 65, S. 697; BayerVGHE 8, 30(33 f.)

368) Reuss, DVBl. 53, S. 568; 651; Schindler, a.a.O., S. 332 ff.; Czermak, NJW 61, S. 1225 f., 1905 ff.; derselbe, JZ 63, S. 277

369) Jesch, a.a.O., S. 203

370) Bachof, JZ 55, S. 99; derselbe, JZ 62, S. 704; JZ 66, S. 441; Ule, Sonderdruck, S. 27; derselbe, DVBl. 55, S. 257; vgl. auch Kellner, DÖV 62, S. 572 ff.; Korbmacher, DÖV 65, S. 703

371) Vgl. Wolff, StuB I, S. 148: "innerhalb des Typenbereiches"

372) Bachof, JZ 55, S. 99; Ule, DVBl. 55, S. 257 f.; derselbe, Sonderdruck, a.a.O.; Menger, Grundrechte, a.a.O., S. 752; derselbe, VerwA Bd. 54, S. 40; Wolff, a.a.O.

373) Bachof, a.a.O.; derselbe, JZ 62, S. 704; JZ 60, S. 442; Ule, Sonderdruck, a.a.O.; Kellner, DÖV 62, S. 577; Wolff, a.a.O., S. 149

Behörde deshalb ein (gerichts-)freier Spielraum eigener pflichtgemäßer Beurteilung eingeräumt (Beurteilungsspielraum³⁷⁴⁾ oder Beurteilungsermächtigung³⁷⁵⁾. Bietet ein unbestimmter Gesetzesbegriff einen derartigen Beurteilungsspielraum, so soll sich die gerichtliche Nachprüfung uneingeschränkt auf die Ermittlung des allgemeinen Sinngehalts (Auslegung) des Begriffes sowie auf die Tatsachenfeststellung erstrecken³⁷⁶⁾. Im übrigen habe sie sich lediglich darauf zu beschränken, ob die Entscheidung der Behörde, gemessen an dem durch Auslegung ermittelten, aber immer noch unbestimmten Willen des Gesetzgebers, v e r t r e t b a r sei (Vertretbarkeitskontrolle)³⁷⁷⁾. Das Bundesverwaltungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Schrifttum³⁷⁸⁾ vor allem für Verwaltungsentscheidungen, die auf pädagogischen oder dienstlichen Beurteilungen beruhen, die Regel dahin entwickelt, daß solche Entscheidungen vertretbar und damit rechtmäßig seien, sofern dabei der gesetzlich eingeräumte Spielraum eingehalten, allgemeingültige Wertmaßstäbe beachtet und keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden seien³⁷⁹⁾.

- 374) So z.B. Bachof, JZ 55, S. 100; Wolff, a.a.O., S. 147 ff.; uneinheitlich sind - u.a. - die Ansichten darüber, wo der "Sitz" dieses Spielraumes ist; vgl. Bachof, JZ 55, S. 99; JZ 66, S. 441 (Subsumtion); Jesch, a.a.O., zumal S. 220 ff. (Interpretation und Subsumtion); Korbmacher, a.a.O., S. 699 ff., 702 ff. (Tatsachenfeststellung)
- 375) So Kellner, a.a.O., S. 578
- 376) Bachof, JZ 55, S. 98; derselbe, DVBl. 57, S. 790; derselbe, JZ 66, S. 441; Menger, Grundrechte III/2, S. 751; Kirchner, AuR 59, S. 338; Koehler, § 114 B I 5; Wolff, a.a.O., S. 147; BVerwGE 11, 139 = NJW 61, S. 795 f.; abweichend Jesch, a.a.O., S. 232 ff.; Korbmacher, a.a.O., S. 701; vgl. dazu oben S. 101. Fußn. 369
- 377) Bachof, JZ 55, S. 100; Menger, a.a.O., S. 752; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 114 II 1 (S. 388); derselbe, Sonderdruck, S. 27; Schunck-De Clerck, § 42, 2 c dd, 3 (S. 181 f.); Wolff, a.a.O., S. 149; im Ergebnis auch Fellner, DVBl. 63, S. 485
- 378) Vgl. Ule, Gedächtnisschrift Jellinek, S. 326 f.; derselbe, DVBl. 55, S. 257 f.; derselbe, Sonderdruck, S. 27; Bachof, JZ 62, S. 704 f.; derselbe, JZ 66, S. 442; Wolff, a.a.O., S. 150; Kellner, NJW 66, S. 861
- 379) BVerwGE 11, 139(140); E 12, 359(363); E 15, 39(40 f.); vgl. auch E 8, 272

Von praktischer Bedeutung ist nun, bei welchen der unbestimmten Gesetzesbegriffe ein Beurteilungsspielraum in Frage kommen soll. Dazu haben sich folgende Maßstäbe herausgebildet.

Nicht jeder unbestimmte Begriff gibt der Verwaltungsbehörde einen Beurteilungsspielraum bei der Anwendung im Einzelfall³⁸⁰⁾. Das muß vielmehr jeweils durch Auslegung des anzuwendenden Gesetzes ermittelt werden³⁸¹⁾ und ist nachprüfbar³⁸¹⁾. Wegen der rechtsstaatlichen Forderung nach möglichst weitgehender Durchformung der rechtssatzmäßigen Voraussetzungen des Verwaltungshandelns ist der Beurteilungsspielraum die Ausnahme³⁸²⁾ und spricht die Vermutung dagegen³⁸³⁾. Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß nur diejenigen unbestimmten Gesetzesbegriffe einen Beurteilungsspielraum eröffnen, bei deren Anwendung (auch) eine Wertung des Sachverhalts erforderlich werden kann³⁸⁴⁾. Das ist vornehmlich der Fall dort, wo das Gesetz erkennbar auf eine subjektive Wertung, zumal auf ein höchstpersönliches Urteil³⁸⁵⁾ abstellt.

Die Lehre vom Beurteilungsspielraum, welche für sich selbst keineswegs ein einheitliches Bild zeigt, ist nicht ohne Widerspruch geblieben. Man hat insbesondere eingewandt, es gebe in Wahrheit gar keinen besonderen Spielraum neben dem Ermessen. Die Betätigung im Rahmen des Beurteilungsspiel-

380) Kellner, DÖV 62, S. 575 f.; derselbe, NJW 66, S. 857

381) Bachof, DVBl. 57, S. 789; derselbe, JZ 66, S. 441; Menger, VerwA Bd. 54 (1963) S. 400 f.; BVerwGE 15, 251(254); OVG Münster, E 14, 38(43 f.); OVG Münster, VerwRspr. 13, S. 206(207 f.); vgl. auch Jesch, a.a.O., S. 248; Lerche, Staatslexikon, Sp. 13

382) Bachof, JZ 55, S. 100; Menger, Grundrechte III/2, S. 752; Bettermann, Grundrechte III/2, S. 797 f.; OVG Münster, E 14, 43 f.; vgl. auch Ule, Gedächtnisschrift Jellinek, S. 314 f.

383) Bachof, a.a.O.; Jesch, a.a.O., S. 248 f.; Idel, NJW 55, S. 735

384) Bachof, a.a.O., S. 99 f.; Fellner, DVBl. 63, S. 485; Korbmacher, DÖV 65, S. 703; vgl. auch BVerwGE 15, 251 (254) = DVBl. 63, 366; Menger, VerwA, Bd. 54 (1963) S. 400 f.

385) So vor allem Kellner, DÖV 62, S. 578, 581; derselbe, NJW 66, S. 858 f.; Korbmacher, a.a.O.; vgl. auch BVerwGE 15, 39(40 f.)

raumes sei auch Ermessen, nämlich Beurteilungsermessen; nur gebe es hier die Wahl zwischen mehreren möglichen Beurteilungen und nicht, wie beim Handlungsermessen, zwischen Verhaltensweisen³⁸⁶⁾.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich die Lehre vom Beurteilungsspielraum und der Vertretbarkeitskontrolle nach anfänglichem Zögern³⁸⁷⁾ im wesentlichen zu eigen gemacht³⁸⁸⁾; es ist nicht damit zu rechnen, daß sie den nunmehr eingeschlagenen Weg schon bald wieder aufgegeben wird. Die von ihr vertretenen Grundsätze sollen daher für das Folgende herangezogen werden mit der Maßgabe, daß die behördliche Betätigung im Rahmen eines etwaigen Beurteilungsspielraumes als Ausübung von Beurteilungsermessen im Gegensatz zu Verhaltensermessen verstanden wird³⁸⁹⁾.

bb) Prüft man nunmehr zunächst die gesetzliche Bestimmung des § 5 I Nr. 2 TVG, so ist auf den ersten Blick erkennbar, daß Verhaltensermessen ausscheidet. Es ist eine Frage der Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen die

-
- 386) R. Klein, AöR 82, 76(103 ff.); derselbe, JZ 56, 588 ff.; Flume, Festschrift Smend, S. 98; Forsthoff, S. 79 Fußn. 4; Lerche, Staatslexikon, Sp. 13; Eyermann-Fröhler, § 114 Rdnr. 9 d; vgl. auch OVG Hamburg, MDR 54, S. 251 f.; OVG Berlin, AP Nr. 3 zu § 5 TVG; - kritisch hiergegen wieder Kellner, DÖV 62, S. 577
- 387) Vgl. BVerwGE 5, 153(162 f.), wo eine zurückhaltend positive Stellung eingenommen wird; BVerwGE 4, 89(92): keine endgültige Entscheidung pro oder contra wegen der Gleichheit im praktischen Ergebnis; E 8, 272(275)
- 388) BVerwGE 6, 177(179, 182); 8, 192(195 f.); BVerwG Verw Rspr. 13, 225(227), 420(423); vor allem aber BVerwGE 11, 139 ff. = NJW 61, S. 795 mit krit. Anm. von Czermak, NJW 61, S. 1225 f.; E 12, 29, 359(363); 15, 39(40 f.); 16, 116(129 ff.); 17, 5 ff.; BVerwGE 21, 127(129 f.) = DVBl. 65, S. 650 f.; BSGE 1, 185(186); OVG Münster, VerwRspr. 13, S. 206; OVG Münster E 14, 38; OVG Lüneburg, E 12, 327; LVG Düsseldorf, DÖV 56, S. 635 f. - irrig daher Fellner, DVBl. 66, S. 165; vgl. Bachof, JZ 66, S. 442 Fußn. 97a
- 389) Diese Einschränkung ist umso weniger bedenklich, als die Kriterien der gerichtlichen Vertretbarkeitskontrolle denjenigen der Ermessenskontrolle (§ 114 VwGO) sehr ähnlich sind; vgl. Eyermann-Fröhler, § 114 Rdnr. 9 d; BVerwGE 11, 139(140) = NJW 61, 796; vgl. auch schon E 4, 89(92)

AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint³⁹⁰⁾. Ob hierbei ein Spielraum besteht, muß mit Hilfe der Auslegung, d. h. unter Berücksichtigung von Wortlaut, Sinnzusammenhang und Zweck des Gesetzes beantwortet werden³⁹¹⁾.

Verfährt man dementsprechend, so entfällt von vornherein jede Möglichkeit, einen Beurteilungsspielraum etwa aus der "Natur der Sache" herzuleiten, denn hier steht weder eine Prüfungsentscheidung noch eine pädagogische Wertung noch eine sonstige Beurteilung persönlicher Fähigkeiten zur Erörterung.

Desungeachtet, sprechen im wesentlichen dreierlei Faktoren für die Annahme eines Beurteilungsspielraumes. Zunächst die Verwendung sehr unbestimmter Gesetzesbegriffe. Das gilt vornehmlich für das "öffentliche Interesse" den unbestimmtesten aller unbestimmten Begriffe³⁹²⁾. Er wird nicht ohne Grund seit den Anfängen der Verwaltungsrechtswissenschaft immer wieder als besonders "ermessensverdächtig" angesehen. Das ist erklärlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Befolgung der Postulate des öffentlichen Interesses (oder Gemeinwohls) jedenfalls der Idee nach essentielle Aufgabe aller staatlichen Verwaltung ist³⁹³⁾. Einen umfassenderen Gesetzesbegriff als tatbestandsmäßige Voraussetzung für Verwaltungstätigkeit weist das Verwaltungsrecht nicht auf.

Da die Behörde ohnehin im öffentlichen Interesse³⁹⁴⁾ tätig werden soll, ist die besondere Anweisung dazu in zweierlei Hinsicht bedeutsam. Einmal wird deutlich, daß der Gesetzgeber von einer großen Vielgestaltigkeit denkbarer Sachverhalte ausgeht³⁹⁵⁾. Zum anderen, und damit zusammenhängend,

390) Auf die Frage, ob das Gesetz, abgesehen von diesem Tatbestand noch ein (zusätzliches) Verhaltensermessen eingeräumt hat, ist später einzugehen. Vgl. darüber unten S. 110 ff.

391) Nikisch, II, S. 515; BGHZ 42, 182(183) = NJW 64, S. 2405 m. Nachw.

392) Vgl. Ule, Sonderdruck, S. 23; Kirchner, AuR 59, S. 295: die "zweieleichtigste" Voraussetzung für die AVE

393) Vgl. dazu Wolff, StuB I, S. 131 ff.; Fellner, DVBl. 66, S. 163

394) Im "maßgebenden öffentlichen Interesse" i. S. von Wolff, a.a.O., S. 136

395) Vgl. Fellner, DVBl. 63, S. 485

ist es ein Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers, der Verwaltung möglichst nicht allzu starre Fesseln anzulegen. Dieser Wunsch wird erkennbar, wenn man durch Vergleich mit dem Tatbestand in § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG feststellt, daß der Gesetzgeber es auch anders machen kann. Dort nämlich wird der erheblich konkretere Tatbestand eines "sozialen Notstandes" zur Voraussetzung behördlicher Tätigkeit gemacht; daß die Bekämpfung eines sozialen Notstandes im öffentlichen Interesse ist, kann nicht bezweifelt werden³⁹⁶⁾.

Freilich besagt die Verwendung des letztgenannten Begriffes nicht immer und auch hier nicht, daß der Verwaltungsbehörde eine Art von Blankoscheck zu unbesehener Vervollständigung zur Verfügung gestellt sein soll. Dafür, was im Einzelfall, d. h. nach Sinn und Zweck des Gesetzes, das öffentliche Interesse erfordert, lassen sich Maßstäbe aufgrund von empirischen Erfahrungen herstellen. Doch handelt es sich im übrigen um einen Wertbegriff, bei dessen Anwendung die Einschaltung eines subjektiven Werturteils nicht zu vermeiden ist³⁹⁷⁾.

Auch der Begriff des "Gebotenen" ist - auf andere Weise - unbestimmt. Durch seine Verwendung will der Gesetzgeber die Verwaltung zur Prüfung der Eignung der Maßnahme und zur besonderen Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck anhalten. Daß es auch insofern, nämlich hinsichtlich der Beurteilung der Zweck-Mittel-Relation seitens der Behörde, Nuancen geben kann, macht wiederum der Vergleich mit § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG deutlich. Nach allgemeinem Sprachgebrauch weist das "Gebotensein" auf eine freiere Wertung als die "Erforderlichkeit" hin. Es kann angenommen werden, daß auch der Gesetzgeber diese unterschiedlichen Begriffe nicht absichtslos in solcher Weise verwendet hat³⁹⁸⁾.

Unvergleichlich deutlicher noch tritt der Wille des Gesetz-

396) Vgl. oben S. 91 und Fußn. 335

397) Vgl. Lieb, RdA 57, S. 264; Kirchner, AuR 59, S. 338; Obermayer, NJW 63, S. 1178 unter I 2 a

398) Vgl. dazu Herschel, Anm. zu AP Nr. 3 zu § 5 TVG

gebers, der Behörde einen subjektiven Wertungsspielraum zu gewähren, hervor, wenn er es genügen läßt, daß die AVE im öffentlichen Interesse geboten **e r s c h e i n t** - nicht: ist!³⁹⁹⁾ Es soll mithin nicht unbedingt wirklich nachweisbar und belegbar ein öffentliches Interesse für die AVE vorhanden sein; vielmehr soll es genügen, daß es der Behörde nach ihrer Überzeugung so erscheint, daß es gegeben ist. Es wird also auf die subjektive Erkenntnisfähigkeit der Behörde abgestellt⁴⁰⁰⁾. Darin liegt eine Ermächtigung zur Beurteilung. Diese Gesichtspunkte haben das Oberverwaltungsgericht Berlin in seiner schon mehrfach erwähnten Entscheidung⁴⁰¹⁾ bewogen, ein echtes Wertungs- und Beurteilungsermessen anzunehmen⁴⁰²⁾. Es hat hierbei die Zustimmung von **H e r s c h e l**⁴⁰³⁾ gefunden, der sich selbst als Zeuge des gesetzgeberischen Redaktionsvorganges angibt⁴⁰⁴⁾. Daran kann nicht unbesehen vorbeigegangen werden.

Ein letzter Gesichtspunkt spricht sowohl für wie gegen die Gewährung eines Beurteilungsspielraumes. Die AVE⁴⁰⁵⁾ ist ein Institut mit großer Wirkungsbreite; sie verändert die Rechtsstellungen einer großen Personenmehrheit. Das macht sie zugleich zu einem arbeitspolitischen Instrument⁴⁰⁶⁾, dessen Handhabung die Gestaltung des Arbeitsmarktes beeinflussen kann und soll, was sich wiederum auf die allgemeine wirtschaftliche und soziale Lage auswirkt. Diese politische Funktion der AVE hat den Gesetzgeber veranlaßt, ihre Hand-

399) Vgl. dazu Kirchner, a.a.C.; Lieb, RdA 57, S. 264; Herschel, a.a.O.; Bettermann, RdA 59, S. 251 Fußn.46; Nikisch, II, S. 515

400) Vgl. dazu auch § 9 DVO/TVG = § 8 DVC/BerlTVG. "Hält der Arbeitsminister die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit für geboten ..."

401) AP Nr. 3 zu § 5 TVG

402) Über die gesetzgeberischen Absichten vgl. auch Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Einleitung, II 4 (S. 16)

403) Anm. zu AP Nr. 3 zu § 5 TVG

404) Aufschlußreich in diesem Zusammenhang sind auch Herschels Ausführungen in BarbBl. 52, S. 38 zu § 1 II b Mindest. ArbBedGes.; sie stützen die hier vertretene Auffassung.

405) Wie auch ihr actus contrarius, die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit gem. § 5 V (§ 5 IV BerlTVG)

406) Vgl. Hüttl, DVBl. 65, S. 66 unter 3

habung auch der politisch verantwortlichen Verwaltungsspitze, dem Minister, anzuvertrauen. Hat die Beurteilung dessen, was im öffentlichen Interesse geboten erscheint, (auch) unter politischen Gesichtspunkten zu geschehen, so können nichtmitteilbare Imponderabilien⁴⁰⁷⁾ in besonderem Maße eine Rolle spielen⁴⁰⁸⁾. Andererseits ist gerade der weite Wirkungsbereich einer rechtsgestaltenden Maßnahme dazu angetan zu verlangen, daß seine Voraussetzungen möglichst eindeutig umrissen sind und jede Verschwommenheit ausschließen (vgl. Art. 19 IV, 20 III GG). Ist das sich hieraus ergebende Bedenken gegen jede Art von gerichtsfreien Beurteilungsspielraum zwar nicht so gewichtig, dessen Zulässigkeit generell auszuschließen, so bietet es doch Veranlassung, die Grenzen möglichst eng zu ziehen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Tatbestand des § 5 I Nr. 2 TVG (§ 5 I Nr. 2 BerlTVG) der Behörde einen Spielraum des Beurteilungsermessens gewährt⁴⁰⁹⁾.

cc) Gleiches gilt im Falle der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit gemäß § 5 V 1 TVG⁴¹⁰⁾. Dafür spricht die im wesentlichen wörtlich mit § 5 I Nr. 2 TVG übereinstimmende gesetzliche Formulierung⁴¹¹⁾. Dies lediglich als Indiz abzutun, geht nicht an, da es keinerlei erkennbare Anhaltspunkte dafür gibt, daß hier Tatbestandsmerkmale in demselben Gesetz, ja in derselben Bestimmung in unterschiedlichem Sinne verwendet worden sind. Auch daraus, daß es sich um eine andersartige Maßnahme, nämlich die Aufhebung der

407) Im Sinne von Jesch, a.a.O., S. 203; vgl. auch oben S. 101

408) Möglicherweise haben derartige Erwägungen Schnorr v. Carolssfeld, S. 71 zur Annahme eines "gerichtsfreien Hoheitsaktes" im Falle der AVE veranlaßt. Vgl. dazu oben S. 12 Fußn. 46

409) Vgl. v. Köhler, DVBl. 56, S. 714; Lieb, RdA 57, S. 264; Kirchner, AuR 59, S. 338 f.; BAG NJW 65, S. 1626; vgl. auch CVG Berlin, AP Nr. 3 zu § 5 TVG; Herschel, Festschrift Hueck, S. 120; nicht ganz eindeutig insoweit Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 730 Fußn. 29

410) und § 5 IV 1 BerlTVG

411) "Der Arbeitsminister kann die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages im Einvernehmen mit dem in Abs. 1 genannten Ausschuss aufheben, wenn die Aufhebung im öffentlichen Interesse geboten erscheint."

Allgemeinverbindlichkeit handelt, kann nichts hergeleitet werden. Allein Wesen und Zweck sind anders, nämlich dem der AVE sachlich entgegengesetzt, so daß entsprechend andere sachliche Erwägungen und Prüfungen angestellt werden müssen.

dd) Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG⁴¹²⁾ kann der Allgemeinverbindlichkeit auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen der Nr. 1 und 2 ausgesprochen werden, wenn sie zur Behebung eines sozialen Notstandes erforderlich erscheint. Die Frage, ob diese tatbestandsmäßige Voraussetzung für eine AVE gerichtlich voll nachprüfbar ist oder ob dieser Nachprüfung zugunsten eines Spielraumes der Behörde Grenzen gesetzt sind, wurde bisher ähnlich beantwortet wie für Nr. 2⁴¹³⁾. Hier interessiert der Tatbestand nur insoweit, als er die Bedingung setzt, die AVE müsse zur Behebung eines sozialen Notstandes erforderlich erscheinen⁴¹⁴⁾.

Das Gesetz gebraucht mit dem Begriff des "sozialen Notstandes" ein Tatbestandsmerkmal, das bestimmter, weil konkreter ist als dasjenige des öffentlichen Interesses: Die Behebung eines sozialen Notstandes ist immer im öffentlichen Interesse geboten. Läßt sich dieser Begriff leichter durch empirische Feststellungen anhand herkömmlicher Wertmaßstäbe konkretisieren, so bleibt auch bei seiner Anwendung, vor allem in Grenzfällen, ein notwendiger Rest wertender Beur-

412) Im BerlTVG gibt es keine entsprechende Vorschrift; die AVE kann hiernach ergehen, wenn die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen (Nr. 1), o d e r wenn die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint (Nr. 2).

413) Vgl. einerseits Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 55; Nikisch, II, S. 515; Maus, TVG, § 5 Rdnr. 108; derselbe, Handbuch VII B Rdnr. 702; Huber, II, S. 451; Gumpert, BB 54, S. 262 (vgl. aber in BB 59, S. 274 unter b); Auffahrt, BARbBl. 57, S. 757; - vgl. andererseits Hildegard Krüger, RdA 57, S. 50 unter VII; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 505; dieselben, Grundriß, S. 253; Schnorr v. Carolsfeld, S. 71 f.

414) Zur Frage, ob und gegebenenfalls welche Folgerungen aus der gesetzlichen Formulierung im übrigen, insbesondere aus der Verwendung des Wortes "kann" zu ziehen sind, vgl. unten S. 110 ff.

teilung⁴¹⁵⁾. Ebenso wie in Satz 1 Ziff. 2 wird die Behörde in Satz 2 ausdrücklich zur Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufgerufen: Die AVE muß e r f o r - d e r l i c h erscheinen. Eine der Natur des Sachverhalts nach erforderliche Maßnahme drängt sich als Mittel zum Zweck stärker auf als eine nur gebotene Maßnahme⁴¹⁶⁾. Denn machen die Umstände eine bestimmte Maßnahme erforderlich, so heißt das eben, daß diese Maßnahme g e f o r d e r t wird. Muß das Erforderliche also regelmäßig getan werden, so ist es eine Frage der Erkenntnis, ob etwas erforderlich ist. Ihre Beantwortung im konkreten Einzelfall ist weitgehend erfahrungsbedingt, ohne aber gänzlich subjektiver Wertung entraten zu können⁴¹⁷⁾.

Mit den vorstehend gewonnenen Erkenntnissen, daß der Behörde in § 5 I Nr. 2 und Satz 2 sowie in § 5 V TVG ein - mehr oder minder geräumiger - Beurteilungsspielraum gewährt wird, ist zugleich die oben⁴¹⁸⁾ aufgeworfene Frage beantwortet, ob jeweils nur eine rechtmäßige Wertungsentscheidung der Behörde möglich ist oder rechtens verschiedene denkbar sind. Die Antwort hat im Sinne der letzteren Alternative zu lauten.

ee) Das Problem des Verhaltensermessens in § 5 Abs. 1 und 2 TVG.

Es beinhaltet die Frage, ob der Arbeitsminister zusätzlich ein Verhaltenseressen hat, ob er also befugt ist, bei Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen gemäß § 5 Abs. 1 und 5 TVG nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit darüber zu entscheiden, ob die Allgemeinverbindlichkeit ausgesprochen bzw. aufgehoben werden soll⁴¹⁹⁾. Die

415) Vgl. Lieb, a.a.C.; Kirchner, a.a.C.; für Beurteilungseressen insoweit auch Bettermann, a.a.O.

416) Diese Interpretation muß nicht immer zutreffen, ist hier jedoch begründet.

417) Vgl. Cbermayer, NJW 63, S. 1178

418) S. 96 f.

419) Anders gefragt: ob er die AVE (oder die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit) ablehnen darf, auch wenn alle Beteiligten - Antragsteller, betroffene Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Parifausschuß - dafür sind.

herrschende Meinung bejaht dies⁴²⁰⁾. Ausführliche Stellungnahmen sind jedoch spärlich; man begnügt sich gerne damit, auf die gesetzliche Formulierung zu verweisen⁴²¹⁾: Der Arbeitsminister kann einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären (§ 5 I), er kann die Allgemeinverbindlichkeit aufheben (§ 5 V), er kann die beantragte AVE ohne weiteres ablehnen, wenn ihre Voraussetzungen offensichtlich nicht vorliegen (§ 4 II DVG/TVG). Eine derartige Terminologie ("kann!") wird allgemein als typischer Hinweis auf Verhaltenserlassen angesehen⁴²²⁾.

Ist das so zu verstehen, daß aus dieser gesetzlichen Wortwahl eine widerlegbare Vermutung für Verhaltenserlassen abgeleitet werden soll, so mag das hingehen. Fragwürdig hingegen wäre ein allgemeingültiger Rückschluß^{423)423a)}. Keinesfalls kann man sich bei Zweifeln im Einzelfall die Prüfung ersparen, ob in Wirklichkeit nicht doch eine Bindung gewollt ist, das "Können" somit ein "Müssen" ist und lediglich eine Verhaltens-Ermächtigung (Kompetenz) beinhaltet⁴²⁴⁾. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Gesetzgeber

420) Vgl. Schnorr v. Carolssfeld, S. 71 f. Fußn. 1; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 493; dieselben, Grundriß, S. 251; Nikisch, II, S. 492, 508; Maus, Handbuch, a.a.O. Rdnr. 668; Gumpert, BB 54, S. 262; Hildegard Krüger, a.a.O., S. 51; Lieb, a.a.O., S. 264; vgl. auch BVerwGE 7, 188; Berger, BB 56, S. 535

421) Vgl. Schnorr v. Carolssfeld, a.a.O.; Hildegard Krüger, a.a.O.; Lieb, a.a.O.

422) Vgl. etwa BVerwG VerwRspr. 12, S. 662; BVerwGE 11, 139; 18, 254(260 f.); 19, 149(150); BVerfGE 9, 137(148 f.); CVG Koblenz E 4, 92(94); Peters, Lehrb., S. 10; Wolff, StB I, S. 152; Klinger, § 42, G I; Redeker-v.Oertzen, § 114 Rdnr. 3; Krauthausen, Sonderdruck, S. 11; Schindler, MDR 54, S. 331; Loening, DVBl. 52, S. 236; Obermayer, NJW 63, S. 1179; Stern, Ermessen usw., S. 23; Bachof, JZ 60, S. 439

423) Vgl. CVG Berlin E 5, 173(175 f.); BVerwGE 15, 251(254); 18, 247(250); Redeker-v.Oertzen, a.a.O., Rdnr. 4; Bachof, a.a.O.

423a) So würde in dem sachlich naheliegenden Fall des § 5 III TVG niemand ernstlich auf den Gedanken kommen, das "kann" anders als ein "darf" zu verstehen.

424) Vgl. CVG Berlin, a.a.O.; BVerwGE 3, 121; Bachof, a.a.O.; anders offenbar Wolff, a.a.O.; Scherath, DVBl. 60, S. 187 f.

durch die Normierung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Verwaltungstätigkeit zur Beachtung von Gesichtspunkten für die Betätigung des Verhaltensermessens bereits im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Tatbestandes zwingt⁴²⁵⁾; hier würde jene Vermutung widerlegt sein. In Zweifelsfällen ist also die Auslegung des Gesetzes unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes und des Zusammenhanges erforderlich⁴²⁶⁾. Dem Bundesverwaltungsgericht zufolge⁴²⁷⁾ bedarf es einer deutlichen Kundgabe, wenn es der Wille des Gesetzgebers ist, der Verwaltung selbst bei Vorliegen aller tatbestandsmäßigen Voraussetzungen zusätzlich ein Verhalten nach freiem Ermessen zu gestatten. Allein auf ein "kann" abzustellen, erscheint demgegenüber unbefriedigend.

Daß auch für § 5 TVG bei genauerer Untersuchung der gesetzlichen Tatbestände Zurückhaltung gegenüber vorschnellen Folgerungen aus dem Wortlaut geboten ist, erweist die nachfolgende Analyse. Sie dient zugleich einer Herausarbeitung des Umfanges richterlicher Nachprüfung der Auslegung und Anwendung einerseits bzw. des Beurteilungsspielraumes der Verwaltungsbehörde andererseits.

Zu beginnen ist mit einer abstrakten Untersuchung der Tatbestände des § 5 I und V TVG.

Logisch kann eine AVE im öffentlichen Interesse nur geboten sein, wenn sie zur Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse⁴²⁸⁾ liegenden Zweckes geeignet ist. Infolgedessen ergeben sich bereits aus dem Wesen der AVE Rückschlüsse auf ihren Zweck⁴²⁹⁾. Durch die AVE sollen Tarifvertragsnormen, die den Inhalt, Abschluß oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen (§§ 1 I, 4 I TVG) und solche, die betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen (§§ 1 I, 3 II TVG) oder gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (§ 4 II TVG) regeln, über die Grenzen der Tarifautonomie hinaus für andere Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Vertrages

425) Vgl. OVG Berlin, a.a.O.

426) BVerwGE 3, 121; OVG Berlin, a.a.O.; Bachof, a.a.O.

427) E 1, 321(326)

428) Also nicht nur im Interesse des Antragstellers!

429) Vgl. OVG Berlin, AP Nr. 3 zu § 5 TVG (Bl. 148)

für verbindlich erklärt werden ⁴³⁰⁾, dann also auch für deren Arbeitsverhältnisse unmittelbar und zwingend (§ 4 I TVG) gelten. Die AVE in abstracto bezweckt unmittelbar die Gestaltung von Arbeitsverhältnissen und Arbeitsbedingungen einer großen Zahl von Personen im Hinblick auf die sich aus dem Inhalt dieser Beziehungen ergebenden Auswirkungen. Eine derartige Gestaltung beinhaltet einen im öffentlichen Interesse liegenden Zweck, wenn sie unmittelbar oder mittelbar einen Vorteil für die Allgemeinheit bewirkt. Vorteil in diesem Sinne ist immer die Beseitigung oder Verhinderung von Mißständen oder die Verbesserung bestehender Zustände, von denen eine nicht unerhebliche Zahl von Personen betroffen sind. Die AVE muß demnach also geeignet sein zur Behebung oder Verhinderung von Mißständen oder zur Verbesserung von Zuständen, die ihrer Natur nach durch den Inhalt und die Auswirkungen von Arbeitsverhältnissen und Arbeitsbedingungen verursacht und beeinflusbar sind ⁴³¹⁾.

Die AVE ist derart im öffentlichen Interesse (nur dann) geboten, wenn dieses Interesse einem anderen Interesse der Allgemeinheit nicht widerstreitet. Dieser Satz wird verständlich, wenn man sich der im vorigen Paragraphen gewonnenen Erkenntnisse erinnert. Die AVE bedeutet in vielfältiger Weise einen Eingriff in Rechtsstellungen der Betroffenen. Der Schutz und die Gewährleistung der Vertragsfreiheit ist angesichts der Verbürgung in Art. 2 Abs. 1 GG immer zugleich im öffentlichen Interesse ⁴³²⁾. Dieses Interesse, das zugleich den Individualinteressen der Betroffenen entspricht, steht naturgemäß im Gegensatz zu jenem, das staatliches Eingreifen zur Beseitigung oder Verhinderung von allgemeinen Mißständen erheischt; die Forderung nach Beachtung der Grundrechte wird den Postulaten des Sozialstaatsprinzips

430) Wegen der Zulässigkeit der AVE von Tarifnormen über sog. Gemeinsame Einrichtungen der Vertragsparteien vgl. BAGE 7, 106; BAG NJW 65, S. 1624

431) Vgl. Witting, BARbBl. 50, S. 227; ob die AVE hernach ihren Zweck auch wirklich erfüllt, ist eine andere Frage. Vgl. Maus, Handbuch, a.a.O., Rdnr. 639 a Fußn. 587

432) Vgl. Wolff, StuB I, S. 136; Kirchner, AuR 59, S. 296 f.; vgl. auch Romberg, AöR 77, S. 111

konfrontiert. Im öffentlichen Interesse ist die AVE somit geboten, einmal, wenn und soweit sie zur Erreichung des Zweckes sachlich geeignet ist, zum anderen und vor allem aber, wenn nur sie, d. h. nur dieser hoheitliche Eingriff in die Rechtsstellungen Vieler zur Erreichung dieses Zweckes in Frage kommt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt auch für die AVE. Dabei ist zu bedenken, daß die AVE ein "Substitut" für eine nicht oder nicht ausreichend vorhandene tarifvertragliche Regelung sein soll⁴³³).

Schon diese abstrakte Analyse läßt fragwürdig erscheinen, ob angesichts eines derartigen gesetzlichen Tatbestandes ein zusätzliches Verhaltenserlassen überhaupt noch sinnvoll sein könnte. Denn welche weiteren Erwägungen und Faktoren könnten der Behörde noch für die Entscheidung über ihr Verhalten vorbehalten sein? Die Abwägung der Interessen der Allgemeinheit untereinander sowie gegenüber denjenigen der Betroffenen erfolgt im Rahmen und Zusammenhang der Auslegung und Anwendung des Tatbestandes in Nr. 2; ob eine AVE geboten erscheint, erheischt die Prüfung ihrer Eignung und Zweckmäßigkeit, aber auch ihrer Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit). Für Billigkeitserwägungen schließlich ist bei der AVE kein Raum. § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG ist somit eine tatbestandliche Normierung der Gesichtspunkte für die Betätigung von Verhaltenserlassen im Falle der AVE und schließt infolgedessen einen zusätzlichen Spielraum für Ermessensbetätigung aus⁴³⁴). Alle Bedenken, die gegen diese Feststellung vorgebracht werden mögen, erweisen sich bei näherer Prüfung als scheinbar. G u m p e r t ⁴³⁵) will ein Ermessen offenbar hinsichtlich der Eignung des Tarifvertrages für eine AVE bejahen. Die Eignung der AVE eines Tarifvertrages als Mittel zur Zweckerreichung im allgemeinen wie im konkreten ist jedenfalls im Rahmen der Anwendung des Tatbestandes in Nr. 2 zu untersuchen, und dort besteht

433) Ähnlich, wie es für die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen ausgesprochen ist; vgl. vor allem § 1 I und II, litt. a, c MindestArbBedG; vgl. auch OVG Berlin, a.a.O.; Kirchner, a.a.O.

434) Vgl. BVerwGE 15, 207(211); 18, 247(251); Bachof, JZ 66, S. 439

435) BE 54, S. 261 f.

ein Beurteilungsspielraum ⁴³⁶⁾. Anders erscheint es auf den ersten Blick hinsichtlich der Eignung des konkreten Tarifvertrages unter Berücksichtigung des Zweckes der AVE im allgemeinen zu sein: Kann die Behörde die AVE eines Tarifvertrages ablehnen mit der Begründung, der Inhalt der Normen und/oder deren Fassung sei widerspruchsvoll, nicht klar, nicht eindeutig, nicht vollständig, nicht umfassend genug?

Ein Interesse daran zu verhindern, daß beispielsweise unklare, mehrdeutige, schwer verständliche Tarifvertragsnormen für eine Vielzahl von Personen bzw. Arbeitsverhältnissen Geltung erlangen, kann schwerlich geleugnet werden. Aber ist ein Tarifvertrag ganz oder teilweise für die AVE ungeeignet, weil unzweckmäßig, so kann seine AVE auch in concreto nicht im öffentlichen Interesse geboten sein. Sie widerspricht vielmehr dem öffentlichen Interesse. Infolgedessen gehört auch diese Prüfung in den Rahmen der Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG und nur dorthin. Gleiches gilt für solche Fälle, die G u m p e r t ⁴³⁷⁾ im Auge hat: daß in einem Tarifvertrag Vereinbarungen getroffen sind, die "ganz aus dem Rahmen des Üblichen herausfallen" und daher nicht für die AVE geeignet seien, weil es nicht Sinn der AVE sein könne, den Außenseitern soziale Experimente aufzuzwingen, deren Wirkungen noch nicht abzusehen seien ⁴³⁸⁾. Es ist nicht Ermessensfrage, ob ein Tarifvertrag, der ganz oder teilweise aus dem Rahmen des Üblichen fällt, für allgemeinverbindlich erklärt werden kann oder nicht. Solche Üblichkeit oder Unüblichkeit ist für sich allein überhaupt kein Kriterium - auch nicht im Rahmen von § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG - für den Ausspruch oder die Ablehnung der Allgemeinverbindlichkeit. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob die AVE gerade dieses Tarifvertrages im öffentlichen Interesse geboten, d.h. zur Erreichung ihres Zweckes geeignet, nützlich und erforderlich erscheint und andere öffentlichen Interessen nicht entgegenstehen. Dies k a n n der Fall

436) Vgl. dazu oben S. 105 ff.

437) A.a.O., S. 262

438) A.a.O.

sein und infolgedessen das öffentliche Interesse gemäß Nr. 2 zu verneinen sein, wenn es sich so verhält, wie G u m - p e r t es beschreibt. -

Ist es Sache behördlichen Verhaltensermessens, in welchem U m f a n g sie die Allgemeinverbindlichkeit ausspricht, also etwa unter Abweichungen von der beantragten Gestalt?

Hält die Behörde einzelne Normen des Tarifvertrages wegen Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht für nichtig, so d a r f sie die Allgemeinverbindlichkeit insoweit nicht aussprechen; schon ein begründeter Zweifel an der Gültigkeit ist angetan, insoweit ein öffentliches Interesse zu verneinen. Sie Behörde hat hier überhaupt keinen Spielraum der Entscheidung, geschweige denn einen solchen des Verhaltensermessens. Hieran fehlt es auch dort, wo es um unklare oder schwer verständliche oder mehrdeutige u.ä. Tarifregelungen geht; deren AVE würde, wie schon oben ⁴³⁹⁾ ausgeführt jedenfalls nicht im öffentlichen Interesse geboten erscheinen (§ 5 I Nr. 2 TVG).

Soweit im übrigen Abweichungen vom Tarifvertrag in der beantragten Form überhaupt für zulässig gehalten werden ⁴⁴⁰⁾, könnte ein Verhaltensermessen ohnehin nur im Rahmen dieses Zulässigen in Betracht kommen. Aber es entfällt, weil alle darauf bezüglichen Erwägungen immer und nur im Rahmen der Frage anzustellen sind, ob und inwieweit die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint, ob und inwieweit also die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Nr. 2 vorliegen.

Hieran anschließend fragt sich endlich, ob denn der Behörde vielleicht ein Verhaltensermessen eingeräumt ist für die Entscheidung, ob sie in Fällen zulässiger Abweichung die AVE des Tarifvertrages i m ü b r i g e n ohne Zustimmung der Vertragsparteien erlassen will. Das könnte fraglich werden, wenn die Abweichung so erheblich ist, daß Zweifel entstehen, ob die Tarifpartner die Allgemeinverbindlichkeit des Vertrages auch in dieser von ihrem Antrag abweichenden

⁴³⁹⁾ S. 115

⁴⁴⁰⁾ Vgl. oben S. 65

Form beantragt hätten bzw. haben wollten. Ohne entsprechenden Antrag darf keine AVE ergehen ⁴⁴¹⁾. Allein, ob für die beabsichtigte AVE ein gültiger Antrag vorliegt, ist niemals eine Frage des Beurteilungs-, geschweige denn des Verhaltensermessens. Infolgedessen kann sie es auch dann nicht sein, wenn die - an sich zulässigen - Einschränkungen, die die AVE gegenüber der beantragten enthält, Zweifel hinsichtlich der Antragsvoraussetzung für die eingeschränkte AVE aufkommen lassen ⁴⁴²⁾. Im übrigen ist das "Wie" ebenso wie das "Ob" der AVE eine Entscheidung im Rahmen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG, also auch des dort gewährten Beurteilungsermessens ^{442a)}.

Nach alldem ist nicht erfindlich, welchen Sinn es hätte, der Behörde ein zusätzliches Verhaltensermessen für den Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit gemäß § 5 I 1 TVG einräumen zu wollen. Sinnvoll kann allein sein, das "können" als "dürfen", d.h. lediglich als Kompetenzbestimmung aufzufassen ⁴⁴³⁾.

Im Falle der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit gelten die Schlußfolgerungen entsprechend, die oben ⁴⁴⁴⁾ schon für die Tatbestände gemäß § 5 I 1 und V TVG aus der Korrespondenz der gesetzlichen Formulierungen für die Frage des Beurteilungsspielraumes gezogen wurden; denn das Problem des zusätzlichen Verhaltensermessens stellt sich hier in gleicher Weise wie beim Ausspruch der Allgemeinverbindlich-

441) Vgl. oben S. 50

442) Praktisch wird das Problem recht einfach durch Rückfrage bei dem Antragsteller zu umgehen sein.

442a) Das gilt übrigens auch für die Entscheidung darüber, zu welchem Zeitpunkt die Allgemeinverbindlichkeit beginnen soll (vgl. § 6 DVO/TVG = § 5 DVO/BerlTVG)

443) Vgl. dazu Obermayer, NJW 63, S. 1179 Fußn. 23: Wäre - entgegen der hier vertretenen Ansicht - ein Verhaltensermessen gewährt, so würde es sich um eine aktuelle Ermessensnorm im Sinne Obermeyers (a.a.O., S. 1179 unter III 1 a) handeln, die ein Entschließungsermessen - im Gegensatz zum Wahlermessen (vgl. Wolff, StUB I, S. 152) - eröffnet: Bei Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes kann die Behörde die Allgemeinverbindlichkeit aussprechen oder nicht.

444) S. 108 f.

keit 445). Deshalb kann zunächst einmal auf die vorstehenden Erwägungen Bezug genommen werden. Darüber hinaus ließe sich hier als besonderes Argument gegen die Annahme eines (zusätzlichen) Verhaltensermessens anführen, daß es sich bei der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit um einen (zumindest auch) begünstigenden Verwaltungsakt für eine Vielzahl von Betroffenen - in diesem Fall den Arbeitnehmern unter den Außenseitern - handelt. Angesichts der Erkenntnisse und Grundsätze des Verwaltungsrechts über den Widerruf von begünstigenden Verwaltungsakten 446) darf man füglich bezweifeln, ob eine Auslegung des Gesetzes zulässig ist, die einen derartigen Verwaltungsakt (nicht nur dem Beurteilungsermessens, sondern auch) dem Verhaltensermessens der Behörde überläßt 447).

Im Falle des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG kommt ein behördliches Verhaltensermessens ebenfalls nicht in Betracht. War bei § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG dafür kein Raum, weil dort der gesetzliche Tatbestand bereits alle wesentlichen Gesichtspunkte des Ermessens ausdrücklich oder inhaltlich in Form besonderer Tatbestandsmerkmale enthielt 448), so bietet § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG einen gesetzlichen Beispielsfall dafür, wann die AVE jedenfalls im öffentlichen Interesse geboten ist. Erscheint sie zur Behebung eines sozialen Notstandes überhaupt geeignet, so ist sie nach § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG auch erforderlich, gibt es außer ihr keine Alternative 449).

445) Denn auch die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit kann durch den Arbeitsminister erfolgen, wenn (und soweit) dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Vgl. § 5 V TVG

446) Vgl. dazu Wolff, StUB I, S. 314 ff., 317, 319 m. Nachw.

447) Vgl. dazu insoweit auch die Erwägungen von Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 227 f.; vgl. aber auch unten S. 159 Fußn. 607. Bemerkenswert ist auch, daß nach einer im arbeitsrechtlichen Schrifttum verbreiteten Ansicht für § 5 V 1 TVG ein besonderes öffentliches Aufhebungsinteresse zu fordern ist, der Wegfall der Voraussetzungen für die frühere AVE also nicht als ausreichende Begründung angesehen wird. Vgl. dazu unten S. 130 ff., wo zu dieser Meinung ausführlich Stellung genommen werden soll.

448) Vgl. oben S. 112 ff.

449) Nicht anders würde es sein, wenn es Satz 2 nicht gäbe und das Verhalten der Behörde damit lediglich ihren

In diesem Zusammenhang bedarf der Klärung, wie die Formulierung in Satz 2 selbst zu verstehen ist. Danach "kann" von den Voraussetzungen der Ziff. 1 und 2 in Abs. 1 "abgesehen" werden, wenn die AVE zur Behebung eines sozialen Notstandes erforderlich erscheint.

Hier ist zunächst festzustellen, daß von Ziff. 2 überhaupt nicht "abgesehen" werden kann, weil die Behebung eines sozialen Notstandes immer im öffentlichen Interesse geboten ist ⁴⁵⁰⁾. Daß es so auch nicht gemeint war, bestätigt die Entwicklungsgeschichte dieser - nachträglich eingefügten - Bestimmung. Es sollte in besonders gelagerten Notfällen eine AVE auch bei Fehlen des Zahlenverhältnisses gemäß Ziff. 1 ermöglicht werden - vornehmlich mit Blick auf die damaligen Gegebenheiten in der Landwirtschaft ⁴⁵¹⁾. Wenn desungeachtet auch "von den Voraussetzungen der Ziff. 1 und 2 abgesehen werden" kann, so handelt es sich hier offenbar um ein Redaktionsversehen ⁴⁵²⁾.

Im übrigen verdeckt die nicht sehr präzise Formulierung, daß nach der Voraussetzung gemäß Nr. 1 überhaupt nicht zu fragen ist, wenn die AVE zur Behebung eines sozialen Notstandes erforderlich erscheint. Nur diese Interpretation wird den Intentionen des Gesetzgebers gerecht.

Ein Sonderfall innerhalb der gesetzlichen Regelung der AVE in diesem sachlichen Zusammenhang stellt § 5 I BerlTVG dar; er ist daher gesondert zu untersuchen. Die - vom TVG insoweit abweichende - Fassung ⁴⁵³⁾ macht das nicht einfach, denn sie ist in diesem Punkte höchst unklar.

ihrem pflichtgemäßen Ermessen anheimgestellt wäre. Denn das Gebot der Sozialstaatlichkeit (Art. 20 I, 28 I GG) würde jedes andere Verhalten als die AVE ermessensfehlerhaft erscheinen lassen.

450) Nikisch, II, S. 506 Fußn. 14; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 488; vgl. auch unten S. 126 ff.

451) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Einleitung vor § 1, II 7; § 5 Rdnr. 9; Nikisch, a.a.O., S. 505 f.; Maus, Handbuch VII B, Rdnr. 639. - Zum Tatbestandsmerkmal des "sozialen Notstandes" im einzelnen vgl. unten S. 126 ff

452) Nikisch, II, S. 506 Fußn. 14

453) Vgl. oben S. 109 Fußn. 412

Folgende Gedankenführung scheint nahezuliegen. Das BerlTVG fordert für eine AVE aufgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 1 nicht, wie in der Parallelbestimmung des TVG, expressis verbis die Prüfung, ob die beantragte AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Infolgedessen steht angesichts der für § 5 I (Nr. 2) TVG gewonnen Erkenntnisse ⁴⁵⁴⁾ nichts der Annahme entgegen, daß h i e r die gesetzliche Formulierung ("kann") ein Hinweis auf behördliches Verhaltensermaßen sein kann und sein soll. Die Praxis verfährt offenbar demgemäß. Gleichwohl bestehen dagegen erhebliche Bedenken, die freilich bei isolierter Betrachtung von § 5 Abs. 1 Nr. 1 BerlTVG nicht in die Augen fallen können. Prüft man indessen den ganzen Absatz 1, so bieten sich nicht weniger als drei verschiedene Möglichkeiten an.

Man kann erstens die gesetzliche Formulierung dahin verstehen, daß für beide Alternativen ein zusätzliches Verhaltensermaßen besteht. Gegen diese Auslegung sprechen zwei Erwägungen. Sie würde bei Nr. 2 zu einem sinnlosen Ergebnis führen. Wie festgestellt, ist die gesetzliche Bedingung, daß die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheinen müsse (§ 5 I Nr. 2 TVG und BerlTVG) nichts anderes als eine tatbestandliche Zusammenfassung und Normierung der wesentlichen Gesichtspunkte behördlichen Verhaltensermaßens bei der AVE. Infolgedessen kann es keinen Sinn geben, der Behörde bei Ziff. 2 noch einen Spielraum des Ermessens zuzubilligen. - Überdies aber würde der Effekt illusorisch gemacht, den der Berliner Gesetzgeber offensichtlich erstrebte, als statt der kumulativen Regelung in § 5 I TVG eine alternative gewählt wurde; es sollte im Falle der Ziff. 1 eben gerade nicht (auch) darauf ankommen, ob die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint wie in § 5 I 1 TVG ⁴⁵⁵⁾.

454) Vgl. oben S. 110 ff.

455) Verwirft man dieses Ergebnis, so bedeutet das nichts anderes als den Vorwurf der Gedankenlosigkeit gegenüber dem Gesetzgeber. Allerdings kann man weder vom TVG noch vom BerlTVG sagen, daß bei ihnen das wünschenswerte Höchstmaß an Sorgfältigkeit erreicht worden wäre; das wird gerade in diesem Zusammenhang recht deutlich.

Der letztere Einwand steht auch der - zweiten - Möglichkeit, ihre gesetzessystematische Zulässigkeit ungeprüft unterstellt, entgegen: nämlich der, den gesetzlichen Wortlaut für beide Ziffern verschieden zu interpretieren, das "kann" also für Nr. 1 als Ermessensermächtigung, für Nr. 2 als Kompetenzbestimmung.

Das würde wohl für Ziff. 2 eine befriedigende Lösung geben, nicht aber für Ziff. 1.

Noch am ehesten überzeugt schließlich die radikale Möglichkeit, ein zusätzliches Verhaltenserlassen der Behörde in Abs. 1 des § 5 BerlTVG überhaupt zu verneinen, also sowohl im Falle der Ziff. 1 wie Ziff. 2. Diese Auslegung ist gesetzessystematisch konsequent. Sie ist radikal, weil sie eine Rechtslage schafft, bei der die Beachtung und Berücksichtigung von Gesichtspunkten eines besonderen öffentlichen Interesse sowie der Eignung und Zweckmäßigkeit für die AVE aufgrund des Tatbestandes der Ziff. 1 ausgeschlossen wird. Es erscheint auch nicht abwegig, daß sie beabsichtigt gewesen sein könnte, geht man davon aus, der Gesetzgeber habe eine AVE immer auch und bereits als im öffentlichen Interesse geboten ansehen wollen, wenn der Tatbestand der Ziff. 1 erfüllt ist ⁴⁵⁶⁾; der Tatbestand des § 5 I Nr. 2 BerlTVG hätte dann zugleich den Sinn wie § 5 I Satz 2 TVG, nämlich als Grundlage für eine AVE im Notfall, auch wenn die Quote gemäß Ziff. 1 nicht erreicht ist ⁴⁵⁷⁾. Jedenfalls lassen sich bei objektiver und vernünftiger Betrachtungsweise andere - sinnvolle - Beweggründe des Gesetzgebers für die insoweit vom TVG abweichende Fassung nicht erkennen. § 5 I Nr. 1 BerlTVG will demnach besagen: Liegt der Tatbestand gemäß Ziff. 1 vor und sind die formellen Voraussetzungen erfüllt, so muß die beantragte AVE ergehen ⁴⁵⁸⁾. Damit

456) Dem würde sich dann auch einfügen, daß das Gesetz für die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit nur den Grund des öffentlichen Interesses kennt. Vgl. § 5 IV BerlTVG; einer besonderen Erwähnung des Fortfalls der Voraussetzungen gem. § 5 I Nr. 1 bedurfte es eben nicht mehr.

457) Vgl. oben S. 119 sowie unten S. 126 ff.

458) Natürlich nur, wenn und soweit die tarifvertragliche Regelung rechtmäßig ist, d.h. nicht gegen höherrangiges Recht verstößt; insoweit darf eine AVE nicht

wird die staatliche Tätigkeit im wesentlichen nichts anderes als nur ein Hilfsmittel für die Tarifvertragspartner, die ihnen gesetzten Grenzen der Tarifautonomie zu übersteigen 459).

Schließlich bleibt die Frage des behördlichen Verhaltensermessens noch für die Ablehnung des beantragten Ausspruches der Allgemeinverbindlichkeit gemäß § 4 II DVO/TVG 460) zu beantworten.

Die der Behörde hiernach - allein! - gewährte Befugnis, einen Antrag auf AVE abzuweisen, wenn die Voraussetzungen des § 5 I TVG offensichtlich nicht vorliegen, fällt aus dem Rahmen der Systematik des TVG; bemerkenswerterweise ist sie auch nicht dort, sondern in der DVO/TVG geregelt. Im Schrifttum wird sie desungeachtet hingenommen, ohne ihr besondere Aufmerksamkeit zu schenken, wie sie es verdient hätte. Denn es könnten erhebliche Bedenken gegen die Gültigkeit dieser Bestimmung geltend gemacht werden. Sie sollen hier nur angedeutet sein, weil diese Frage nur mittelbar etwas mit dem Thema zu tun hat.

Die DVO/TVG beruht auf der Ermächtigung in § 10 TVG. Danach kann der Arbeitsminister Verordnungen zur Durchführung des TVG erlassen. Offenbar nur beispielsweise, nicht erschöpfend ("insbesondere") 461) werden als Gegenstände hierfür genannt Regelungen über die Mitteilung von abgeschlossenen Tarifverträgen seitens der Tarifpartner (Ziff. 1), über das Tarifregister (Ziff. 2), über das Verfahren bei Ausspruch, Aufhebung und Bekanntmachung der Allgemeinverbindlichkeit, bei Aufhebung von Tarifordnungen (Ziff. 3) sowie über den

ergehen, Art. 20 III GG. Vgl. auch Maus, Handbuch, VII B Rdnr. 705 Fußn. 647. Demgegenüber kann man sich nicht mit der Erwägung zufrieden geben, daß gesetzwidrige Regelungen unwirksam seien und auch nicht durch AVE verbindlich werden könnten. Die Behörde darf nichts tun, was einer derartigen Regelung auch nur den Anschein von Verbindlichkeit geben könnte.

459) Auch dem Tarifausschuß bleibt - jedenfalls auf dem Papier - nicht viel mehr als eine Statistenrolle. Ob sich der Gesetzgeber hierüber klar gewesen ist, darf bezweifelt werden.

460) Entsprechend § 3 II 2 DVO/BerlTVG

461) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., § 10 Rdnr. 2

Tarifausschuß. Was § 4 II DVO/TVG betrifft, so könnte man daran denken, die entsprechende Ermächtigung in Ziff. 3 zu sehen. Aber ist diese Regelung wirklich nur eine Verfahrensvorschrift? Dem sachlichen Gehalt nach stellt sie doch wohl weniger eine Ausnahme von § 4 I DVO/TVG als vielmehr von § 5 I TVG dar. Als solche ist sie indessen von § 10 TVG nicht gedeckt; sie könnte auch nur durch eine ausdrückliche, inhaltlich bestimmte und abgrenzende gesetzliche Ermächtigung gedeckt sein ⁴⁶²⁾.

Doch ist diese Frage hier, wie gesagt, nicht abschließend zu beantworten. Mag die Gültigkeit von § 4 II DVO/TVG daher hier unterstellt werden, so fragt sich, ob die Behörde hier wenigstens nach pflichtgemäßem Ermessen handeln darf.

Keine Ermessensentscheidung ist, ob die Voraussetzungen des § 5 I TVG "offensichtlich vorliegen" oder nicht. Der Begriff der Offensichtlichkeit ist zum wenigsten ein Wertbegriff. Auch der gesetzliche Wortlaut deutet - verglichen mit § 5 I Ziff. 2 und Satz 2 sowie § 5 V TVG - darauf hin, daß es hier nicht auf die subjektive Beurteilung durch die Behörde ankommen kann ⁴⁶³⁾. Diese Entscheidung unterliegt infolgedessen uneingeschränkter verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung. Hingegen steht es im Ermessen der Behörde, ob sie im Falle jener Offensichtlichkeit den Antrag sofort ablehnen oder erst das Verfahren gemäß § 5 II TVG, §§ 4 ff. DVO/TVG einleiten und sich so die Zustimmung des Tarifausschusses sichern will.

ff) Zusammenfassung

Als die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung sind folgende Erkenntnisse festzuhalten.

- 1) Für die Entscheidung sowohl über Art wie über Inhalt des zu erlassenden Verwaltungsaktes ist bei der Auslegung und Anwendung des § 5 I Ziff. 1 TVG und BerlTVG keinerlei Ermessen eingeräumt. Bei der Auslegung und Anwendung der Tatbe-

462) Mit "insbesondere" kann es daher keinesfalls getan sein.

463) Wie sich aus § 3 II DVO/BerlTVG entnehmen läßt, scheint der Gesetzgeber an eine Art von Schlüssigkeitsprüfung gedacht zu haben.

stände des § 5 Abs. 1 Ziff. 2 und Satz 2, Abs. 5 Satz 1 TVG sowie § 5 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 4 BerlTVG im Einzelfall ist Behörde und Tarifausschuß ein Beurteilungsermessen eröffnet, dessen Betätigung (nur) einer Vertretbarkeitskontrolle unterliegt. Mangelnde und rechtsfehlerhafte Betätigung dieses Ermessens führt zur Anfechtbarkeit der Entscheidung⁴⁶⁴).

2) Sowohl nach dem TVG wie nach dem BerlTVG ist für ein Verhaltenseremessen des Arbeitsministers und des Tarifausschusses in keiner Hinsicht Raum. Wenn und soweit die AVE eines Tarifvertrages im öffentlichen Interesse geboten oder zur Behebung eines sozialen Notstandes erforderlich, die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im öffentlichen Interesse geboten erscheint und die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, muß die Behörde dementsprechend tätig werden. Tut sie das nicht, so verhält sie sich rechtswidrig. Lediglich § 4 II DVO/TVG = § 3 II Satz 2 DVO/BerlTVG gibt der Behörde im Falle der AVE und unter der Bedingung, daß die Voraussetzungen des § 5 I TVG offensichtlich nicht vorliegen, ein Ermessen für die Entscheidung, ob sie den Antrag sofort ablehnen oder erst das Verfahren gemäß § 5 II TVG, §§ 4 ff. DVO/TVG beschreiten will.

3) Aus alldem folgt, daß ein Anspruch der antragstellenden Tarifvertragspartei auf AVE nur im Falle des § 5 I Nr. 1 BerlTVG gegeben sein kann, zu dessen Durchsetzung die Verpflichtungsklage zur Verfügung steht⁴⁶⁵). In allen anderen Fällen des § 5 I TVG und BerlTVG besteht nur eine Verpflichtung der Behörde zu rechtsfehlerfreier Entscheidung (Betätigung des Beurteilungsermessens) und Bescheidung, nicht aber auf Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit. Hier kommt grundsätzlich die Bescheidungsklage in Frage. Sie kann aus-

464) Im Ergebnis übereinstimmend hiermit: Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 55; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 505; Maus, Handbuch VII B, Rdnr. 700; Schnorr v. Carolsfeld, S. 73; Gumpert, BB 54, S. 262. - Wegen der von der Behörde anzustellenden konkreten Erwägungen vgl. unten S. 125 ff.

465) Wegen des Meinungsstreites, ob (nur) die Verpflichtungsklage oder (auch) die Anfechtungsklage, vgl. oben S. 62

nahmsweise zum gerichtlichen Ausspruch führen, daß die Behörde zum Erlaß der beantragten AVE verpflichtet ist, wenn jede andere Entscheidung rechtsfehlerhaft wäre ⁴⁶⁶⁾.

Entsprechendes gilt für die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 V TVG, § 5 IV BerlTVG.

Mit diesen Feststellungen sind die oben ⁴⁶⁷⁾ offengelassenen Fragen beantwortet, wie gegen rechtswidrige Entscheidungen der Arbeitsbehörde aufgrund des § 5 TVG vorgegangen werden kann.

b) Es ist schließlich noch ein Blick auf die Sachverhalte zu werfen, die allgemein als Beispiele dafür angeführt zu werden pflegen, wann Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im öffentlichen Interesse geboten erscheinen sollen, und die einen Eindruck davon geben können, wann die Arbeitsbehörde einzugreifen hat - und auch, wann nicht.

aa) Im Falle der AVE stellt man sich zumeist Sachverhalte vor, bei denen es um Tarifverträge geht, die den Lohn oder sonstige Arbeitsbedingungen regeln; seltener findet man Überlegungen darüber, wann die AVE eines Tarifvertrages in Betracht kommt, der gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien zum Gegenstand hat. Dies dürfte u.a. mit dem Blickwinkel zusammenhängen, unter dem das Institut der AVE gesehen wird und der auch für dessen Einführung ausschlaggebend gewesen war: Die AVE wird vorwiegend als Mittel zur Beseitigung oder Verhinderung von Notlagen und Mißständen aufgefaßt ⁴⁶⁸⁾, und hier denkt man verständlicherweise zunächst an Lohnniveau und Arbeitsbedingungen. Deshalb lesen sich die Beispiele in Zeiten der Hochkonjunktur und Vollbeschäftigung teilweise recht eigenartig. Doch darf man dabei nicht vergessen, daß in solchen Zeiten die AVE viel seltener im öffentlichen Interesse geboten

466) Vgl. Spanner, DÖV 65, S. 158; vgl. auch Bettermann, DVBl. 66, S. 40 sowie oben S. 61 Fußn. 221

467) Vgl. S. 61 ff., 66 ff.

468) Vgl. Kirchner, AuR 59, S. 259

sein wird - oder sein sollte ⁴⁶⁹⁾.

So wird vielfach als Ausgangssachverhalt angenommen, daß für die Außenseiter niedrigere Löhne gezahlt werden oder ungünstigere Arbeitsbedingungen vereinbart sind als bei den Tarifgebundenen. Für sich allein soll das allerdings noch nicht genügen, um die AVE eines Tarifvertrages im öffentlichen Interesse geboten erscheinen zu lassen ⁴⁷⁰⁾. Es müssen besondere Umstände hinzutreten ⁴⁷¹⁾.

bb) Beispielhaft und Extremfall zugleich ist der soziale Notstand. Dieser Begriff bildet im TVG einen eigenen Tatbestand, indiziert also offenbar nach der Meinung des Gesetzgebers ohne weiteres das öffentliche Interesse an einer AVE. Demgegenüber ist er im Berl. TVG nicht besonders angeführt, doch würde der Tatbestand des sozialen Notstandes auch dort unzweifelhaft unter den § 5 Abs. 1 Nr. 2 fallen ⁴⁷²⁾. Es kann daher bereits hier darauf eingegangen werden. Von einem sozialen Notstand soll zu sprechen sein, wenn im Geltungsbereich eines Tarifvertrages den Außenseitern so niedrige Löhne gezahlt werden oder ihre sonstigen Arbeitsbedingungen derart ungünstig sind, daß dadurch soziale Spannungen und Unruhen entstehen, die sich unmittelbar auf materielle Belange der Allgemeinheit auswirken ⁴⁷³⁾. Dazu kann es insbesondere kommen, wenn die Zahl der Außenseiter im Geltungsbereich des Tarifvertrages unverhältnismäßig groß ist, so daß seine Wirkung dementsprechend begrenzt bleiben muß ⁴⁷⁴⁾. Es kann dann beispielsweise zu Abwanderungen von Arbeitskräften aus dem be-

469) Die AVE ist eben ihrer Natur nach (auch) als ein staatliches Eingriffsmittel bei wirtschaftlichen und/oder sozialen Mißständen gedacht, was in den jüngsten Zeiten wirtschaftlicher Konjunktur nicht immer bedacht worden ist. Vgl. auch Kirchner, a.a.O., sowie oben S. 112 f.

470) Ringer, AuR 59, S. 291; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 488 Fußn. 15; Witting, BARbBl. 50, S. 227

471) Ringer, a.a.O.

472) Vgl. oben S. 121

473) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 11; Kirchner, a.a.O.

474) Vgl. Maus, Handbuch VII B, Rdnr. 639

troffenen Bereich eines wichtigen Wirtschaftszweiges kommen⁴⁷⁵⁾; infolge von Arbeitskämpfen und der damit zwangsläufig verbundenen Stilllegung der Betriebe kann die Versorgung der Allgemeinheit mit lebenswichtigen Gütern gefährdet sein⁴⁷⁶⁾. Hier ist jeweils ein materielles öffentliches Interesse zu bejahen⁴⁷⁷⁾.

Sind Gefahren dieser Art unmittelbar für die Allgemeinheit nicht erkennbar, etwa, weil die Zahl der Außenseiter im Verhältnis zu den Tarifgebundenen gering oder die Bedeutung des betroffenen Wirtschaftsbereiches im Verhältnis zur Gesamtwirtschaft unerheblich ist⁴⁷⁸⁾, so kann ein sozialer Notstand im Sinne des Gesetzes auch bei den betroffenen Arbeitnehmern allein vorliegen. Zur Verdeutlichung wird zuweilen der Tatbestand des § 1 II lit. b) des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen⁴⁷⁹⁾ herangezogen⁴⁸⁰⁾ 481). Dieser Weg ist jedoch durch den ausdrücklichen entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers verbaut⁴⁸²⁾. Nützlicher ist der Hinweis⁴⁸³⁾ auf § 19 I des

475) Witting, BARbBl. 50, S. 227; vielgebrauchtes Beispiel: Landfluchtgefahr! Vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Nikisch, II, S. 506; vgl. auch die Begründung des Gesetzentwurfes zur Änderung des TVG, Drucksache 2396 (1951), Anlage 1

476) Witting, a.a.O.

477) Kirchner, a.a.O., S. 295 f.; Witting, a.a.O.; einschränkend Maus, Handbuch, RdNr. 637

478) Vgl. Kirchner, a.a.O., S. 259

479) Vom 11.1.1952 (BGBl. I, S. 17)

480) Es heißt dort: (II) "Mindestarbeitsbedingungen können zur Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen festgesetzt werden, wenn (b) die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen zur Befriedigung der notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer erforderlich erscheint."

481) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 488; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 RdNr. 11; Maus, Handbuch, a.a.O. Fußn. 568a; Fitting, RdA 52, S. 6

482) Vgl. einerseits die Begründung des Abg. Dr. Kneipp zum Antrag auf Angleichung der Formulierungen im MindArb. BedGes. und im TVG, Sten.Berichte I. Wahlper.1949 (1951), Bd. 9, S. 7306; andererseits aber die Klarstellung des Abg. Sabel, a.a.O., S. 7308, wonach es in den zwei Fällen um "zwei verschiedene Dinge" handele. Dementsprechend wurde der erwähnte Antrag abgelehnt, vgl. ebenda. Nach Fitting, a.a.O. - vgl. auch den Abg. Ludwig, Sten. Berichte, a.a.O., S. 7307 - soll der Begriff des sozialen Notstandes gegenüber § 1 II lit. b) MindArbBedGes

Heimarbeitsgesetzes ⁴⁸⁴⁾. Nach dieser Bestimmung kommt die bindende Festsetzung von Entgelten und sonstigen Vertragsbedingungen u.a. dann in Betracht, wenn unzulängliche Entgelte gezahlt werden. Allgemein gesprochen müssen die Umstände derart sein, daß die Beachtung und Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips (Art. 20, 28 GG) ein staatliches Eingreifen erfordert ⁴⁸⁵⁾.

cc) Aber nicht nur die Behebung eines sozialen Notstandes durch die AVE ist im öffentlichen Interesse geboten. Geht man davon aus, daß eine tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegt ⁴⁸⁶⁾, so kommt die AVE in Betracht zur Verhinderung von Bedingungen, deren Ausnutzung zugleich zur Erschütterung oder Erschwerung einer solchen tarifvertraglichen Regelung führen würde. Dies kann durch Unterbietung der Preise und Löhne aufgrund von niedrigen Löhnen oder ungünstigen Arbeitsbedingungen der Fall sein ⁴⁸⁷⁾. Extrem gelagerte, wenn auch zumeist nur aus Krisenzeiten heraus verständliche Beispiele bilden die Tatbestände der sogenannten Schmutzkonkurrenz und der Lohndrückerei ⁴⁸⁸⁾.

Bei der Schmutzkonkurrenz werden die schlechten Arbeitsbedingungen als Mittel des Wettbewerbs des Arbeitgebers gegen tarifgebundene Konkurrenten im Wege der Preisunterbietung ausgenutzt, mit dem Ziel von deren Ausschaltung ⁴⁸⁹⁾. Dem könnte mit der AVE des Tarifvertrages entgegengewirkt werden. Allerdings darf sie niemals allein dazu dienen, den

als der engere, nach Goldschmidt, AR-Blattei, MindArb. Bedingungen, B 2), als der weitere angesehen werden; Goldschmidt, a.a.O. begründet seine Ansicht mit dem Hinweis, daß beim sozialen Notstand auch über individuelle Gesichtspunkte, z.B. Landfluchtgefahr und dgl. zu beachten seien.

483) Vgl. Hueck-Nipperdey, a.a.O.

484) Vom 14.3.1951 (BGBl. I, S. 191)

485) Vgl. Kirchner, AuR 59, S. 295 f.; vgl. auch Ringer, AuR 59, S. 291

486) Vgl. Nikisch, II, S. 204 ff., 504 f.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 8

487) OVG Berlin, AP Nr. 3 zu § 5 TVG

488) Nikisch, a.a.O., S. 504 f.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Maus, Handbuch, a.a.O., Fußn. 581; Witting, BarB1. 50, S. 227; Kirchner, a.a.O.; OVG Berlin, a.a.O.

489) Kirchner, a.a.O.; Witting, a.a.O.; Maus, a.a.O., Rdnr. 636

Arbeitgeber vor unerwünschter (lauterer) Konkurrenz zu schützen ⁴⁹⁰⁾; das läge außerhalb jeglichen öffentlichen Interesses und somit außerhalb des Beurteilungsspielraumes in § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG.

Die Gefahr der Lohndrückerei ist namentlich in Zeiten verbreiteter Arbeitslosigkeit akut. Dann sind die Arbeitnehmer zufrieden, einen Arbeitsplatz zu finden und also geneigt, untertarifliche Arbeitsbedingungen zu akzeptieren und somit die tarifgebundenen Arbeitnehmer zu unterbieten. Zugleich wird die Neigung des Arbeitgebers, aus der Tarifbindung herauszukommen bzw. eine solche nicht erst einzugehen, auf Kosten der tarifgebundenen Arbeitnehmer gefördert ⁴⁹¹⁾.

Für sich allein sollen ungünstige Lohn- und sonstige Arbeitsbedingungen aber auch Anlaß zu staatlichem Eingreifen sein können, d.h. eine AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheinen lassen, wenn jene Bedingungen nicht nur untertariflich, sondern (auch) objektiv unangemessen sind. Dies soll der Fall sein, wenn sie unter dem Durchschnittsniveau vergleichbarer Tätigkeiten in anderen Berufszweigen, wenn auch nicht unter dem Existenzminimum liegen ⁴⁹²⁾ und sozialpolitisch (Art. 20, 28 GG) nicht mehr vertretbar sind ⁴⁹³⁾. Hier kann ein ideelles Interesse an einer AVE zu bejahen sein ⁴⁹⁴⁾. Dabei kommt es nicht unbedingt auf die Bedeutung des betroffenen Wirtschaftszweiges für die Allgemeinheit oder die Zahl der betroffenen Außenseiter (Arbeitnehmer) an ⁴⁹⁵⁾. Zu berücksichtigen ist allerdings die allgemeine Wirtschaftslage, die z.B. regional verschieden

490) Maus, a.a.O.; vgl. auch Fußn. 582; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 488 Fußn. 15; Ringer, a.a.O., S. 291

491) Kirchner, a.a.O.

492) Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 488; Nikisch, Lehrb. II, S. 505; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 8; Maus, Handbuch, Rdnr. 636; Kirchner, a.a.O., S. 296 f.

493) Ringer, a.a.O.; Kirchner, a.a.O., S. 295 ff.; Witting, a.a.O., S. 227; OVG Berlin, a.a.O.

494) Witting, a.a.O.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.

495) Kirchner, a.a.O., S. 295; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; vgl. auch Maus, a.a.O., Fußn. 582a

sein kann ⁴⁹⁶⁾. Keinesfalls besteht ein öffentliches Interesse allein an einer Vereinheitlichung der Lohn- und Arbeitsbedingungen im Wege der AVE ⁴⁹⁷⁾.

dd) Auch die AVE von Tarifverträgen, durch welche eine **g e m e i n s a m e E i n r i c h t u n g** der Vertragspartner (§ 4 II TVG) geschaffen und ausgestaltet ist, kann - soweit rechtlich möglich und zulässig ⁴⁹⁸⁾ - im öffentlichen Interesse geboten erscheinen. In Betracht kommen hier Lohnausgleichskassen, Urlaubskassen, Einrichtungen über besondere Alters- und Invalidenbeihilfen u.ä., also Einrichtungen, durch die sozialpolitisch förderungswürdige soziale Leistungen begründet oder erweitert und geregelt werden, die aber ihre Aufgaben nur erfüllen können, wenn der Tarifvertrag Geltung für den ganzen Berufszweig hat ⁴⁹⁹⁾. So kann es etwa im Baugewerbe sein, für dessen Arbeitnehmer sich hinsichtlich der Altersversorgung Nachteile ergeben können, wenn und weil bei ihnen Zeiten witterungsbedingter Arbeitslosigkeit häufiger sind, und bei dem eine starke Fluktuation der Arbeitnehmer zu beobachten ist. Hier kann deshalb ein öffentliches Interesse daran, daß alle Arbeitgeber tarifgebunden sind, zu bejahen sein ⁵⁰⁰⁾.

ee) Die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit

Die Allgemeinverbindlichkeit kann nur aufgehoben werden, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint, § 5 V 1 TVG, § 5 IV 1 BerlTVG. Es ist ein wenig ergiebiges Unternehmen, das einschlägige Schrifttum nach konkreten Beispielen hierfür zu befragen. Zumeist beschränkt man sich darauf hervorzuheben, daß der bloße Fortfall der Gründe für den Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit für sich allein grundsätzlich nicht ausreiche, also ein darüber hinausgehen-

496) Kirchner, a.a.O., S. 298

497) Kirchner, a.a.O., S. 296 f.; Nikisch, Lehrb. II, S. 505; Maus, a.a.O.; vgl. auch OVG Berlin, a.a.O.

498) Vgl. BAG NJW 65, S. 1624 = JZ 65, S. 582 (teilw.); BAGE 7, 106 ff. = NJW 59, S. 595

499) Kirchner, a.a.O., S. 298; Witting, a.a.O., S. 288

500) Gleiches gilt für Urlaubskassen; vgl. Ringer, AuR 59, S. 291

des besonderes Aufhebungsinteresse vorliegen müsse⁵⁰¹⁾. Das gelte auch, wenn die Allgemeinverbindlichkeit zur Behebung eines sozialen Notstandes erforderlich gewesen (§ 5 I 2 TVG), der Notstand inzwischen aber behoben sei⁵⁰²⁾.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist diese letztere Schlußfolgerung möglich und zulässig. Es kann beispielsweise ein sozialer Notstand wegen unverhältnismässig niedrigen Lohnniveaus die AVE eines Tarifvertrages erforderlich gemacht haben, aufgrund dessen ein höherer Lohn zu zahlen war. Zwischenzeitlich hat sich das Lohnniveau zwar gehoben und kann infolgedessen nicht mehr von einem sozialen Notstand gesprochen werden; der Tariflohn ist jedoch noch immer unterschritten. Hier kann die Allgemeinverbindlichkeit des Tarifes im öffentlichen Interesse geboten sein, auch wenn ein sozialer Notstand deswegen nicht mehr besteht⁵⁰³⁾.

Eine allgemeingültige Regel des Inhalts, daß der nachträgliche Fortfall der Ausspruchsgründe für sich allein nicht die Aufhebung rechtfertigen, ja nicht einmal ein Aufhebungsinteresse indizieren könne, kann im übrigen nicht anerkannt werden. Das leuchtet angesichts folgender Überlegung ein. Es wurde oben⁵⁰⁴⁾ festgestellt, daß die AVE im öffentlichen Interesse gemäß § 5 I Nr. 2 TVG geboten sein kann, wenn Interessen der Allgemeinheit dem Interesse an der Gewährleistung der Vertragsfreiheit der Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorgehen. Dieses Interesse, das auch ein öffentliches Interesse darstellt⁵⁰⁵⁾, kann sehr wohl für sich allein die Aufhebung einer Allgemeinverbindlichkeit gebieten, wenn und soweit die überwiegenden sachlichen Voraussetzungen für ihren Ausspruch entfallen sind.

Daneben aber sind andere Umstände denkbar, die ein Aufhebungsinteresse begründen können. Das erweist der folgende Sachverhalt.

501) Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 497 Fußn. 18; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 35; vgl. auch Nikisch, a.a.O., S. 510

502) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Nikisch, a.a.O., insbes. Fußn. 35; Hueck-Nipperdey, a.a.O.

503) Vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; vgl. auch Nikisch, a.a.O.

504) S. 113 f.

505) Vgl. oben S. 113

Gemäß § 5 V 3 TVG (= § 5 IV 3 BerlTVG) endet die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages mit dessen Ablauf. Diese für sich eindeutige Bestimmung birgt besondere Probleme im Falle der bloßen Änderung des Tarifvertrages. Werden seitens der Vertragsparteien Bestimmungen des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages geändert, was zulässig bleibt⁵⁰⁶⁾, so gelten diese nicht (auch) für die Außenseiter, solange und soweit sie nicht ebenfalls für allgemeinverbindlich erklärt sind. Aber auch die geänderten Bestimmungen gelten für sie nicht etwa in der alten Fassung fort, da sie keine tarifliche Geltung mehr besitzen; insoweit besteht allenthalben Übereinstimmung⁵⁰⁷⁾. Die Ansichten teilen sich an der Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange die nicht abgeänderten Tarifbestimmungen fortgelten. Da sie von der Änderung nicht unmittelbar berührt sind, bestünden bei vordergründiger Betrachtungsweise keine Bedenken, sie fortgelten zu lassen. Aber die Zweifel entstehen dort, wo geänderte und unveränderte Bestimmungen in einem so engen sachlichen Zusammenhang stehen, daß ein isoliertes Weiterbestehen der letzteren sinnlos wäre oder dem Willen der Tarifpartner offenbar nicht mehr entsprechen würde⁵⁰⁸⁾.

Da die Entscheidung hierüber jeweils nur für den konkreten Einzelfall möglich ist und dazu noch sehr unsicher sein kann⁵⁰⁹⁾, ist die Praxis der Behörde dazu übergegangen, die Änderungen bekanntzumachen unter Hinweis darauf, daß der Tarifvertrag in der bisherigen Fassung (- vorbehaltlich einer anderslautenden gerichtlichen Entscheidung!) - als abgelaufen und damit seine Allgemeinverbindlichkeit (- insgesamt! -) als beendet angesehen werde⁵¹⁰⁾. Dieses Verfahren hat den Vorzug

506) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., RdNr. 41; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 499; Nikisch, a.a.O., S. 500; Tophoven, Anm. zu AP Nr. 1 zu § 5 TVG - Änderung -

507) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Nikisch, a.a.O., S. 501; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 475; Schnorr v. Carolsfeld, S. 73; Tophoven, a.a.O.

508) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Nikisch, a.a.O., S. 500 f.; Tophoven, a.a.O.

509) Vgl. Herschel, Festschrift Hueck, S. 120; Schnorr v. Carolsfeld, a.a.O.

510) So die ständige Praxis des Bundesarbeitsministers und

eines den praktischen Verwaltungsbedürfnissen angepaßten Ausweges. Es ließe sich auch dogmatisch rechtfertigen, wenn man annähme, daß jede Änderung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages die Grundlage der Allgemeinverbindlichkeit, sein Objekt entfallen lasse, so daß die AVE also ins Leere stoßen müsse⁵¹¹⁾. Nichtsdestoweniger ist dieser Weg umstritten und wird von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum abgelehnt⁵¹²⁾. Diese beharrt auf dem Grundsatz, daß die nicht geänderten Tarifbestimmungen für die Außenseiter fortgelten; außer Kraft treten sollen nur diejenigen unter ihnen, deren Fortgeltung wegen des Zusammenhanges mit den geänderten oder weggefallenen Tarifnormen für die Außenseiter zu einer Regelung führen würde, die von den Tarifparteien nicht gewollt sein könnte oder der für die Verbandsmitglieder geltenden nicht entsprechende⁵¹³⁾. Die mögliche Folge weitgehender Rechtsunsicherheit wird in Kauf genommen⁵¹⁴⁾. In der Tat kann und wird bei einer erheblichen, wenn auch nur teilweisen Abänderung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages für die betroffenen Außenseiter starke Unsicherheit darüber entstehen, welche Tarifbestimmungen noch unmittelbar und zwingend für sie gelten und welche nicht. Hier kann es zwecks Gewährleistung ausreichender Rechtssicherheit, die immer im öffentlichen Interesse liegt, geboten erscheinen, die Allgemeinverbindlichkeit in toto aufzuheben⁵¹⁵⁾.

auch des Senators für Arbeit in Berlin, wie ein Blick in die Veröffentlichungen im Bundesanzeiger bzw. im Berliner Amtsblatt zeigt; vgl. im übrigen ArbG Krefeld, AP Nr. 1 zu § 5 TVG - Änderung - mit Anm. Tophoven dasselbst; LAG Hamm, AP Nr. 2 zu § 5 TVG - Änderung -

511) Herschel, Festschrift Hueck, S. 105 ff.; Maus, TVG, § 5, Rdnr. 38; im Ergebnis auch Schnorr v. Carolsefeld, S. 73

512) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Nikisch, a.a.O., S. 501 f.; ArbG Krefeld, a.a.O.

513) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Nikisch, a.a.O.; Maus, Handbuch VII B, Rdnr. 682; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 475 Fußn. 17; ArbG Krefeld, a.a.O.; LAG Hamm, a.a.O.; Tophoven, a.a.O.

514) Nikisch, a.a.O., S. 501; Tophoven, a.a.O.

515) Vgl. dazu Herschel, Festschrift Hueck, S. 111 f.

3. Die Beteiligung des Tarifausschusses

(§ 5 Abs. 1 V TVG; §§ 1 ff., 5 ff. DVO/TVG)

Die Zustimmung des Tarifausschusses zu Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit wird einhellig als unabdingbare Voraussetzung, ihr Fehlen als Nichtigkeitsgrund angesehen ⁵¹⁶⁾. Das Gesetz, wird gesagt ⁵¹⁷⁾, lege entscheidenden Wert darauf, daß die Außenseiter nur im Einvernehmen mit der Mehrheit der Arbeitnehmer - und Arbeitgebervertreter im Ausschuß dem Tarifvertrag unterworfen würden. Fehle es daran, so handle die Behörde außerhalb ihrer Zuständigkeit ⁵¹⁸⁾.

Diese lapidare Begründung wird indessen der Problematik nur teilweise gerecht. Verstöße gegen die Beteiligungsbestimmungen des Gesetzes sind nämlich in verschiedener Gestalt und mit unterschiedlichem Gewicht denkbar. Die Skala der Möglichkeiten reicht von der gänzlichen Ignorierung des Tarifausschusses vor Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit über die Nichtbeachtung eines negativen Votums des Ausschusses bis zu den Fällen, wo äußerlich zwar ein Votum vorliegt und beachtet wird, dieses Votum aber für sich fehlerhaft ist oder auf einem fehlerhaften Verfahren beruht. Daß in allen diesen Gestaltungen die Fehlerhaftigkeit gleichwertig sein soll, bedarf erst genauere Untersuchung.

Diese soll mit dem Fall beginnen, daß der Ausschuß überhaupt nicht eingeschaltet worden ist. Wegen der Bindung der Arbeitsbehörde an seine Zustimmung in bestimmten Fällen ⁵¹⁹⁾ liegt es nahe, auf der Suche nach gleichgelagerten Vorbildern an die fehlende oder fehlerhafte Mitwirkung einer

516) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 502; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 66; Nikisch, II, S. 513; Gumpert, BB 54, S. 262; Maus, Handbuch VII B, Rdnr. 706; vgl. auch BAGE 2, 297 (300)

517) Nikisch, a.a.O.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Gumpert, a.a.O.

518) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, a.a.O.; Nikisch, a.a.O.; Gupert, a.a.O.

519) Vgl. dazu oben S. 91

Behörde beim sogenannten mehrstufigen Verwaltungsakt ⁵²⁰⁾ zu denken und aus den dafür gewonnenen Erkenntnissen Nutzen zu ziehen.

Dies könnte allerdings nur mit Vorsicht geschehen. Denn zunächst einmal stimmt hier schon äußerlich mit der Erscheinungsform des mehrstufigen Verwaltungsaktes nicht überein, daß der Tarifausschuß keine Behörde ⁵²¹⁾ und auch keinen selbständigen sonstigen Träger öffentlicher Verwaltung darstellt ⁵²²⁾. Er ist ein Ausschuß, der vom und beim Arbeits-

520) Menger, VerWA bd. 50 (1959), S. 397 Wolff, StuB I, S. 267; Schuegraf, NJW 66, S. 177 ff.

521) Im Sinne der herkömmlich üblichen Umschreibung vgl. BGHZ 40, 225 (228); vgl. auch Rasch, VerWA Bd. 50(1959), S. 1 ff. m. Nachw.

522) Die Frage, ob dem Tarifausschuß Behördenqualität zukommt, ist in dieser Form bisher nirgends aufgeworfen worden (vgl. aber Bettermann, RdA 59, S. 250 unter 4 e, der sie wohl bejahen zu wollen scheint). Dafür könnte sprechen, daß die Entscheidung allein auf seinem Votum beruhen kann, wenn dieses nämlich gegen Anspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit ausfällt, vgl. oben S. 91; dabei ist zu bedenken, daß entscheidungsbefugten Ausschüssen in der Verwaltung vielfach Behördenqualität zugesprochen wird, vgl. z.B. Rasch, a.a.O., S. 14 f., Bachof AöR 83, S. 208 ff., 240. Unbeschadet dessen, was früher bezüglich der Stellung des Tarifausschusses nach dem Gesetz festgestellt wurde (vgl. oben S. 91 ff), fällt es doch schwer, den Tarifausschuß unbeschauen anderen Ausschüssen gleichzustellen (vgl. Maus, Festschrift Bogs, S. 180 f.), etwa, was naheliegt, dem Heimarbeitsausschuß gem. § 4 des Heimarbeitsgesetzes.

Die ungleich stärkere und unabhängigere Stellung des Heimarbeitsausschusses ergibt sich aus dem Zuständigkeitsbereich, innerhalb dessen er selbst und allein die Entscheidung sucht und fällt, vgl. §§ 1 IV, 11 II, 18 und 19 HAG; die Arbeitsbehörde hat hier lediglich zuzustimmen. Dem entspricht die Auswahl und Stellung der Ausschußmitglieder, vornehmlich also der Beisitzer, an die erheblich sachliche Anforderungen gestellt werden und die den Laienbeisitzern bei den Arbeitsgerichten vergleichbar sind, vgl. § 5 HAG (dazu auch Maus, a.a.O., S. 175; vgl. auch BVerwG AP Nr. 1 zu § 19 HAG). - Abgesehen von der organisatorischen Stellung, derzufolge der Tarifausschuß wohl am besten als ein nach außen unselbständiger, wenn auch nach innen sachlich und persönlich unabhängiger Teil der Arbeitsbehörde bezeichnet werden kann (vgl. Maus, a.a.O., S. 180 f.; Bachof, a.a.O., S. 246), liegt sachlich das Gewicht seiner Mitwirkung doch auf der beratenden und vorschlagenden Einflußnahme auf die Entscheidung der Behörde; sein Votum ist auch nicht immer ausschlaggebend - und wenn, dann hemmend: Er kann selbst allein die Allgemeinverbindlichkeit weder aussprechen noch aufheben.

minister errichtet wird (§ 1 I 1 DVO/TVG) und dessen Mitglieder von ihm bestellt werden (§ 1 2 DVO/TVG), ohne damit Angehörige der Verwaltung zu sein; der Arbeitsminister beruft den Tarifausschuß zur Verhandlung ein (§ 5 I DVO/TVG) und leitet sie (§ 2 I DVO/TVG⁵²³). Schon deshalb erscheint es bedenklich, Erkenntnisse beim mehrstufigen Verwaltungsakt unbedenken für die Regelung der AVE zu übernehmen. Stellt man indessen dieses mehr formale Bedenken hinten und fragt nach den Maßstäben, die für die Fehlerfolgen beim mehrstufigen Verwaltungsakt gelten sollen, so trifft man auf die Unterscheidung in verwaltungsinterne Mitwirkung und Mitwirkung in Gestalt eines besonderen Verwaltungsaktes⁵²⁴). Fehlende Mitwirkung soll im ersten Fall lediglich Anfechtbarkeit, im letzteren Nichtigkeit zur Folge haben⁵²⁵). Bei einem derartigen Kriterium würde eine fehlende Mitwirkung des Tarifausschusses niemals zur Nichtigkeit des ministeriellen Verwaltungsaktes führen - es sei denn, man verstünde seine Beschlüsse als gesonderte Verwaltungsakte, was aber abzulehnen ist⁵²⁶).

523) In der DVO/BerlTVG fehlt, wie schon festgestellt, eine entsprechende Bestimmung.

524) Vgl. BVerwGE 11, 195 ff.; Schuegraf, a.a.O., S. 180 unter II; Forsthoff, S. 216, 218; Wolff, StuB I, S. 301

525) Schuegraf, a.a.O., S. 180, 182; Forsthoff, S. 218; BVerwGE 9, 1 (2 f.), 11, 195 (198 f.)

526) Gegen die Qualifizierung des Beschlusses des Tarifausschusses (vgl. § 3 DVO/TVG) als gesonderter - und damit auch als gesondert anfechtbarer - Verwaltungsakt spricht vor allem die fehlende Behördeneigenschaft im Verhältnis zum Arbeitsminister sowohl wie Außenstehenden gegenüber (vgl. dazu oben S. 135 und Fußn. 522), ferner der gesetzliche Hinweis auf das "Einvernehmen" zwischen Minister und Tarifausschuß in § 5 I, V TVG, was ein Anzeichen für bloß innerbehördliche Mitwirkung sein soll, vgl. BVerwG NJW 66, S. 513 = DVBl. 66, S. 177 (179 f.) mit zust. Anm. von Schuegraf, NJW 66, S. 900. Dafür könnte sprechen, daß im Falle einer ablehnenden Stellungnahme des Tarifausschusses der sachliche Inhalt des behördlichen Verwaltungsaktes (Ablehnung von Anspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit) bindend feststeht, auf diese Weise also der Beschluß des Ausschusses eine (Art von) "Außenwirkung" erhalten kann; vgl. BVerwGE 11, 199; 18, 333.

Die Frage kann bedeutsam sein dafür, gegen wen geklagt werden muß, ob (nur) gegen den Bundesarbeitsminister oder (auch) gegen den Tarifausschuß oder etwa gegen

Aber abgesehen davon, daß mit dieser Betrachtungsweise Gesichtspunkte eines ganz anderen Problemkreises hineingetragen werden, nämlich des Rechtsschutzes gegenüber dem Handeln oder Unterlassen einer mitwirkenden Behörde ⁵²⁷⁾, ist sie beeinflußt von Ergebnissen der reinen Evidenztheorie ⁵²⁸⁾.

Die Folge der fehlenden Beteiligung des Tarifausschusses muß jedoch in erster Linie durch Berücksichtigung von Sinn, Zweck und Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung bestimmt werden.

Aus § 5 I, V TVG, §§ 1 ff., 5 ff. DVO/TVG ergibt sich, daß die Mitwirkung des Tarifausschusses bei der Entscheidung über die Allgemeinverbindlichkeit grundsätzlich ⁵²⁹⁾ obligatorisch ist ⁵³⁰⁾. Daraus folgt ohne weiteres, daß Ausspruch, Aufhebung oder Ablehnung der Allgemeinverbindlichkeit mangels vorheriger Beteiligung rechtswidrig sein müssen ⁵³¹⁾; es kommt insofern auch nicht darauf an, ob und in welchen Fällen der Stellungnahme des Ausschusses Bindungs- oder Sperrwirkung eigen ist ⁵³²⁾, oder ob ihm Verwaltungsaktqualität gebührt ⁵³³⁾.

Fraglich bleibt aber, ob jegliche Entscheidung des Arbeitsministers, die ohne - notwendige - Mitwirkung des Tarifauss-

beide. Nach der hier vertretenen Meinung sind Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen immer nur gegen den Arbeitsminister zu richten (vgl. dazu Schuegraf, NJW 66, S. 181 unter III 2). Denn ihm wird jedenfalls nach außen jede Entscheidung aufgrund des § 5 TVG zugerechnet, vgl. BVerwGE 19, 94 (100 f.). Dringt die Anfechtungsklage durch, so ist sein Verwaltungsakt aufzuheben und damit auch (oder allein) der Beschluß des Tarifausschusses; die Beschlußfassung durch Arbeitsbehörde und Tarifausschuß ist gegebenenfalls zu wiederholen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes, falls nicht nur eine sachliche Entscheidung rechtens möglich ist, die vom Arbeitsminister ausgesprochen werden müßte; vgl. dazu oben S. 124 f.

527) Vgl. BVerwGE 11, 195 (198); BVerwG DVBl. 66, S. 177 ff.; 181 ff.

528) Das wird deutlich beispielsweise bei BVerwGE 9, 1 (2); 11, 199; Schuegraf, a.a.O.

529) Ausnahme: § 4 II DVO/TVG (§ 3 II 2 DVO/BerlTVG)

530) Vgl. dazu Heinze, VerwA Bd. 52, S. 170

531) Vgl. BVerwG a.a.O.; Wolff, StuB I, S. 301 f.

532) Heinze, a.a.O., S. 294

533) Heinze, a.a.O., S. 295

schusses ergangen ist, unwirksam sein muß, wie angenommen wird ⁵³⁴⁾. Man könnte dagegen nämlich argumentieren, daß sich eine Mitwirkung und Stellungnahme des Tarifausschusses entscheidend nur im Falle eines ablehnenden Votums ⁵³⁵⁾ auswirke, der Arbeitsminister im Übrigen sonach rechtens auch ohne Rücksicht auf die Stellungnahme des Ausschusses zu entscheiden berechtigt sei; wenn also insoweit eine AVE auch gegen den Willen des Tarifausschusses abgelehnt werden könnte, warum sollte sie sogar gänzlich unwirksam sein, wenn der Tarifausschuß gar nicht erst angehört wurde? Die Frage läuft darauf hinaus, ob der Mitwirkung des Ausschusses eine derartige Bedeutung beizumessen ist, daß ihr Fehlen jede Entscheidung unwirksam macht oder nur diejenige, deren Inhalt notwendig von der Einstellung des Tarifausschusses abhängt.

Wie schon festgestellt, bringt der Gesetzgeber im TVG und in der DVO/TVG deutlich den Willen zum Ausdruck, daß der Arbeitsminister grundsätzlich nicht allein die Entscheidung suchen und treffen soll, ob der Ausspruch oder die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit geboten oder erforderlich ist ⁵³⁶⁾. Das ist eine Grundentscheidung, die es verbietet, die Vorschriften über die Mitwirkung des Tarifausschusses lediglich als Verfahrensbestimmungen zu bewerten. In Gestalt des Ausspruchs und der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen ist der staatlichen Verwaltung ein Eingriffsinstrument von großer subjektiver Reichweite und Gestaltungsintensität für Rechtsstellung und wirtschaftlicher Existenz der Betroffenen in die Hand gegeben ⁵³⁷⁾. Wenn hiervon schon - notwendig ohne oder gegen den Willen der Betroffenen - Gebrauch gemacht werden kann, so soll dies doch nicht geschehen dürfen, bevor nicht Repräsentanten derjenigen Personengruppen wenigstens Gelegenheit zur Einfluß-

534) Vgl. oben S. 134 Fußn. 516

535) Also auch (schon) dann, wenn die gemäß § 3 I 3 DVO/TVG erforderliche Mehrheit nicht erzielt wird, vgl. oben S. 94

536) Vgl. BAGE 2, 297 (300 f.); die ausdrückliche Ausnahme des § 4 II DVO/TVG (= § 3 II 3 DVO/BerlTVG) bestätigt die Regel.

537) Vgl. Herschel, Festschrift Hueck, S. 122

und Stellungnahme hatten, zu denen die Betroffenen gehören⁵³⁸⁾. Mit diesem Gedanken kommt der Gesetzgeber nicht zuletzt einer Forderung der Rechtsstaatlichkeit entgegen. Es manifestiert sich in dem Gewicht, das dem negativen bzw. fehlenden positiven Votum des Tarifausschusses kraft Gesetzes zugemessen ist. Es soll also beispielsweise nicht möglich sein, eine AVE zu erlassen, ohne daß nicht wenigstens auch ein Vertreter der Arbeitgeber dafür gestimmt hat⁵³⁹⁾.

Die Mißachtung dieser prinzipiellen Entscheidung des Gesetzgebers kann daher nicht gering bewertet werden.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Arbeitsminister könne ja auch bei Zustimmung des Tarifausschusses noch immer selbständig entscheiden. Hierbei würde zweierlei übersehen. Ob er das nämlich kann, erweist sich erst, wenn der Tarifausschuß sich geäußert hat, also beteiligt wurde. Abgesehen davon soll nach dem Gesetz in erster Linie verhindert werden, daß der staatliche Eingriff, also Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit, gegen oder ohne den Willen des Tarifausschusses erfolgen kann, nicht jedoch die Ablehnung dieses Eingriffes, auch wenn der Tarifausschuß ihn wünscht.

Es widerstreitet nach alldem der offenkundigen Wertung des Gesetzes, einer Entscheidung des Arbeitsministers vorläufigen oder u.U. gar endgültigen rechtlichen Bestand zuzugestehen, die unter Mißachtung des Tarifausschusses erging - sei es, daß er überhaupt nicht eingeschaltet wurde, sei es, was nicht minder schwer wiegt, daß über sein ablehnendes Votum hinweggegangen wurde. Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes können demgegenüber hier umsoweniger zum Tragen kommen⁵⁴⁰⁾, als diese Fehlerhaftigkeit, wenn auch nicht immer sogleich offenkundig, so doch schwer zu verheimlichen ist. Es muß daher der Ansicht zuge-

538) Vgl. Nikisch, II, S. 513; vgl. auch Herschel, Festschrift Hueck, S. 119

539) Das ergibt sich aus § 1 I.V.m. § 3 I DVO/TVG (§ 1, 2 II DVO/BerlTVG)

540) Anders als etwa im Falle von BVerwGE 9, 1 ff.

stimmt werden, die in diesen Fällen gänzliche Unwirksamkeit annimmt.

Verstöße sind aber nicht nur in der Weise möglich, daß die Arbeitsbehörde den Tarifausschuß übergeht oder mißachtet; sie können auch im Mitwirkungsverfahren selbst vorkommen. Hier hat man zunächst zu denken an die fehlerhafte Beschlußfassung, sei es infolge mangelnder Beschlußfähigkeit (§ 1 DVO/TVG) oder falscher Abstimmung oder irrtümlicher Stimmenzählung (§ 3 I DVO/TVG). In allen diesen Fällen liegt kein gültiger Beschluß des Tarifausschusses vor. Macht das aber den Verwaltungsakt des Arbeitsministers gleichfalls fehlerhaft? Das erscheint nicht selbstverständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Arbeitsminister bei einer befürwortenden Stellungnahme des Tarifausschusses nicht an diese gebunden ist, der Inhalt seiner Entscheidung davon nicht abhängt. Man könnte daher meinen, daß es auf die Gültigkeit des Beschlusses nur ankommen könne, wenn sein Inhalt den Inhalt des Verwaltungsaktes bestimme wie beim negativen Votum⁵⁴¹⁾. Daran ist soviel richtig, daß jedenfalls in diesem Falle die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses nicht ohne Einfluß auf die Rechtmäßigkeit der Ablehnung des Antrages auf AVE bleiben kann, wie auf der Hand liegt. Im übrigen aber würde diese Betrachtungsweise auf der These beruhen, daß es wesentlich auf eine Mitwirkung des Tarifausschusses und nicht auf die Einhaltung der diese Mitwirkung regelnden gesetzlichen Bestimmungen im einzelnen ankommt. Sie würde damit den Vorwurf der Kurzsichtigkeit verdienen⁵⁴²⁾. Denn die gesetzlichen Mitwirkungsregeln sind nicht um ihrer selbst willen da, sondern zur Gewährleistung der vom Gesetzgeber aus bestimmten Gründen gewünschten besonderen und eigenartigen Form der Mitwirkung. Diese Beteiligung des Tarifausschusses und nicht irgendeine sollte sichergestellt werden. Der Arbeitsminister hat die AVE eben nicht "im Einvernehmen" mit dem Tarifausschuß erlassen, wenn in Wirklichkeit nur die drei Arbeitnehmer-Vertreter anwesend waren

541) Dazu oben S. 91 f.

542) Hierzu vgl. Heinze, a.a.O., S. 295 f.

und gestimmt haben. Sieht man das ein, dann kann es nach dem Gesetz keinen Unterschied für die Fehlerhaftigkeit der AVE machen, ob drei oder fünf Mitglieder des Tarifausschusses teilgenommen haben.

Bei einem Vergleich von Verstößen dieser Art mit den zuvor erörterten ⁵⁴³⁾ liegt es nahe, hier lediglich Anfechtbarkeit anzunehmen; denn es erscheinen der Mangel oder die Mißachtung der Mitwirkung des Tarifausschusses schwerwiegender als die mangelhafte. In solcher Allgemeinheit ist diese auf den ersten Blick einleuchtende Folgerung aber nicht gerechtfertigt. Mag die mangelhafte Mitwirkung des Tarifausschusses in abstracto besser sein als gar keine und daher nicht so schwerwiegen wie jener Fall, so besagt dies allein doch noch nicht, daß sie gering zu bewerten wäre. Wie wenig Anlaß dazu ist, zeigt folgende Überlegung. Bei einer gut und objektiv arbeitenden Arbeitsbehörde werden fehlerhafte Beschlüsse des Tarifausschusses kaum vorkommen; denn gemäß § 2 I DVO/TVG leitet Verhandlungen und Beratungen des Tarifausschusses ein Vertreter des Arbeitsministeriums ⁵⁴⁴⁾, so daß eine ausreichend Möglichkeit der Kontrolle gegeben ist. Was aber, wenn die Arbeitsbehörde lässig oder gar voreingenommen und parteiisch eingestellt ist? Wer kann sie dann daran hindern, im Zusammenspiel mit nur einer Seite (Arbeitgeber- o d e r Arbeitnehmervertreter) die gesetzlichen Bestimmungen zu mißachten, um zu einer ihr genehmen Entscheidung zu gelangen? Würde man hier lediglich Anfechtbarkeit annehmen, wozu man nach der reinen Evidenztheorie doch wohl gezwungen wäre, so bedeutete dies, daß sich die Behörde nach Ablauf der Anfechtungsfrist hinter dem für sie gar nicht gedachten Schild des Rechtssicherheitsprinzips verbergen könnte. Deshalb muß die Nichtigkeitsfolge bei allen denjenigen Verstößen bejaht werden, die das Abstimmungsergebnis unmittelbar berühren; in Betracht kommen insoweit also Verletzungen der §§ 1, 3 I DVO/TVG. Hingegen

543) S. 134 ff.

544) In Berlin ist trotz Fehlens der entsprechenden Bestimmung die Handhabung in der Praxis gleich.

führen Verstöße gegen § 2 DVO/TVG regelmäßig nur zur Anfechtbarkeit des behördlichen Verwaltungsaktes. Verletzungen des § 3 II DVO/TVG schließlich haben überhaupt keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, da es sich um reine Ordnungsvorschriften handelt ⁵⁴⁵⁾.

§ 7: Inhalt und Wirkungen der verwaltungsgerichtlichen Kassationsentscheidung in subjektiver Beziehung

Erstes Kapitel: Der Inhalt der Kassation

I. Das Kassationsurteil als Gestaltungsurteil

1. Die Gestaltung im allgemeinen und bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im besonderen

Ist die Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt zulässig und begründet, so hebt das Gericht ihn auf, § 113 Abs. 1 VwGO. Es stellt also nicht nur seine Rechtswidrigkeit fest, sondern beseitigt ihn. Das verwaltungsgerichtliche Kassationsurteil gehört daher in die Kategorie der Gestaltungsurteile ⁵⁴⁶⁾. Denn es führt durch Aufhebung des Verwaltungsaktes unmittelbar eine neue öffentlichrechtliche Lage herbei ⁵⁴⁷⁾.

Was dies im Einzelfall bedeutet, muß jeweils anhand von Inhalt und Wirkung des betreffenden Verwaltungsaktes geprüft werden.

Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages bezwecken und bewirken - wie auch immer man diese Wirkung erklären will -, daß der Inhalt der Arbeitsverhältnisse der Tarifaußenseiter verändert werden soll; bei der AVE zwingend und unabdingbar entsprechend den Be-

545) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 17

546) Forsthoff, S. 496: Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 1, 6: Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 I 2 (S.117): Redeker-v.Oertzen, § 42 Rdnr. 2: Rosenberg, S. 411: Nicklisch, Bindung usw., S. 93

547) Eyermann-Fröhler, a.a.O.: Rosenberg, S. 412 vgl. auch Blomeyer, ZPO I, S. 496

stimmungen des normativen Teils (§§ 5 IV, 4 I, III TVG), bei der Aufhebung derart, daß die Arbeitsverhältnisse nicht mehr der unabdingbaren Einwirkung der Tarifnormen unterliegen.

Es fragt sich demnach, ob die verwaltungsgerichtliche Kassation ipso iure auch die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse der Außenseiter gestaltet, ob also bei Kassation der AVE die Einwirkung der Tarifnormen entfällt, bei Kassation der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit der Tarifnormen diese wieder eintritt. Die Antwort liegt auf der Hand. Ein Verwaltungsakt, der die Privatrechtslage gestaltet, kann nicht aufgehoben werden, ohne daß zugleich seine rechtsgestaltende Wirkung aufhört. Aber auch dieser Grundsatz ist nicht ohne Einschränkung zu gebrauchen. Das erweist sich im Falle der Kassation der AVE.

Im kollektiven Arbeitsrecht ist der durch § 4 V TVG positiv normierte Grundsatz anerkannt, daß die Normen des Tarifvertrages nach dessen Ablauf weitergelten, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden (Nachwirkung)⁵⁴⁸⁾. Es wird nun die Ansicht vertreten ⁵⁴⁹⁾, dies habe in gleicher Weise bei den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifnormen für die Außenseiter zu gelten, wenn die AVE durch verwaltungsgerichtliches Urteil aufgehoben wird.

Diese nicht besonders begründete Auffassung begegnet Be-

548) Die Nachwirkung ist unstreitig für die sog. Inhaltsnormen. Für welche Arten von Tarifnormen sie darüber hinaus gelten soll, wird nicht einheitlich beantwortet. Ohne auf die einzelnen Ansichten eingehen zu können, sei angeführt, daß die Nachwirkung für Ab-schlußnormen überwiegend abgelehnt wird. Vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 4 Rdnr. 74. Nikisch, II, S. 401; Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 233; a.A. Maus, Handbuch VII B Rdnr. 482. Streitig ist sie bei Betriebsverfassungsnormen (dafür: Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 381; Nikisch, a.a.O., S. 408; dagegen: Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O. Rdnr. 77) und bei Normen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (dafür: Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, a.a.O.; Nikisch, a.a.O.; dagegen: Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O. Rdnr. 78).

549) Nikisch, II, S. 319 f.; wohl auch Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 45; Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 233

denken 550). Denn sie geht allzu gleichgültig an dem Unterschied vorbei, der hinsichtlich Beendigungsform und Beendigungsart zwischen Tarifvertrag und Allgemeinverbindlichkeit besteht. Insbesondere müssen erhebliche Zweifel daran angemeldet werden, ob es richtig ist, eine Nachwirkung allgemeinverbindlicher Tarifnormen anzunehmen, wenn sich herausgestellt hat, daß der hoheitliche Eingriff in das Gefüge privatrechtlicher Beziehungen durch AVE dem objektiven Recht widersprach. Indessen braucht diese Frage hier nicht untersucht und entschieden zu werden. Denn selbst wenn man eine Nachwirkung ganz allgemein bejaht, werden die privatrechtlichen Beziehungen der Außenseiter durch die Kassation der AVE berührt. Das zeigt folgende Überlegung. Eine Nachwirkung im Sinne des § 4 V TVG besteht jeweils nur, bis eine andere Abmachung ihre Wirkung für das Arbeitsverhältnis im Einzelfall entfaltet. Der Begriff der Abmachung umfaßt hier sowohl kollektive wie Einzelvereinbarungen 551), auch - und das ist bedeutsam! - solche, deren Inhalt für den Arbeitnehmer objektiv ungünstiger ist als die tarif-

550) Eine Nachwirkung ist rechtslogisch nur denkbar, wenn die Tarifnormen als solche überhaupt schon einmal gegolten haben. Wirkt die Kassation ex tunc, d.h. auf den Zeitpunkt des Erlasses und/oder Inkrafttretens der AVE zurück, dann könnte zweifelhaft sein, ob wegen der rückwirkenden Beseitigung der Verbindlichkeit der Tarifnormen für die Außenseiter eine Nachwirkung möglich ist, ob mit anderen Worten hierfür auch die - rückblickend gesehen - lediglich rechtswidrige, jedenfalls aber faktische Geltung der Tarifnormen ausreichen kann. Dies wird offenbar nicht angenommen, wie sich daraus ergibt, daß nach allgemeiner Ansicht die Anfechtung eines Tarifvertrages (§§ 119, 123 BGB) die Wirkungen einer Kündigung (ex nunc) haben soll, was andernfalls nicht notwendig wäre. Da im arbeitsrechtlichen Schrifttum - wie ebenfalls vorwegzunehmen ist - übereinstimmend auch für die gerichtliche Kassation eine Wirkung lediglich ex nunc vertreten wird, kann sich die vorstehend aufgeworfene Zweifelsfrage hinsichtlich der Nachwirkung gar nicht stellen. - Das Problem der zeitlichen Wirkung der Kassation wird weiter unten noch gesondert behandelt werden, vgl. dazu § 11. Es bedarf nicht schon an dieser Stelle einer Erörterung.

551) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 4 Rdnr. 66 a.E.; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 382; dieselben, Grundriß, S. 233; Nikisch, II, S. 392 ff.

vertragliche Regelung ⁵⁵²⁾. Es entfällt also mit Beendigung des Tarifvertrages die U n a b d i n g b a r k e i t der Tarifnormen als Mindestarbeitsbedingungen ⁵⁵³⁾ (§ 4 I, III TVG). Wirken die allgemeinverbindlichen Tarifnormen für die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter auch nach Kassation der AVE nach, so demnach nicht mehr unabdingbar. Eine verwaltungsgerichtliche Kassation der AVE bedeutet infolgedessen dann nichts anderes als die Wiederherstellung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit der Arbeitspartner (Art. 2 I GG; § 305 BGB), weil die sen die rechtliche Möglichkeit wiedergegeben ist, andere Vereinbarungen hinsichtlich ihres Arbeitsverhältnisses zu treffen.

Bei der Kassation der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit (§ 5 V TVG) ist die Frage, ob damit zugleich die Einwirkung der Tarifvertragsnormen auf die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter wieder auflebt. Das ist zu bejahen. Nimmt man nun an, daß auch nach behördlicher Aufhebung eine Nachwirkung besteht, so bedeutet das Wiederaufleben der Einwirkung der Tarifnormen, den Wiedereintritt ihrer Unabdingbarkeit, die vorübergehend, nämlich nach der Aufhebung, entfallen war ⁵⁵⁴⁾. Infolge wiedereingetretener Unabdingbarkeit werden alle zwischenzeitlich etwa getroffenen ungünstigeren Regelungen - soweit möglich - wirkungslos und gelten die tariflichen Bedingungen unmittelbar und zwingend - so, als wenn die Allgemeinverbindlichkeit neu ausgesprochen worden wäre ⁵⁵⁵⁾. Hier wird also nicht nur wieder die Vertragsfreiheit eingeschränkt, es erfolgt zusätzlich auch eine Rechtsgestaltung.

552) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O., Rdnr. 67 f.; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, a.a.O.; dieselben, Grundriß, a.a.O.; Nikisch, a.a.O., S. 392 f.

553) Vgl. dazu oben S. 29

554) Die sich sachlich hieran anschließenden Problemkreise der zeitlichen Kassationswirkung und des Suspensiveffektes werden noch unten zu erörtern sein; vgl. dazu §§ 8, 11

555) Vgl. Nikisch, a.a.O.

2. Das Kassationsurteil als Gestaltungsurteil in subjektiver Beziehung

a) Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit gestalten die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter, eine Vielzahl von Personen.

Infolgedessen stellt sich die Frage, ob auch die Kassation eines derartigen Hoheitsaktes die Rechtsverhältnisse dieser Personenvielzahl berühren muß, oder allgemeiner, wie die Kassation in derartigen Fällen in subjektiver Beziehung wirkt.

Der somit eingeführte neue Gesichtspunkt bedarf einer Erläuterung, bevor der Frage im einzelnen nachgegangen werden kann. Subjekt ist hiernach, wessen Rechtsstellung durch die Kassation unmittelbar verändert werden kann. Es kommen in diesem Zusammenhang demzufolge - äußerstenfall alle - diejenigen in Betracht, deren Rechtslage durch Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit gestaltet werden sollte und wurde, d.h. die Außenseiter ⁵⁵⁶).

b) Beim verwaltungsgerichtlichen Kassationsurteil lautet der Tenor regelmäßig dahin, daß der angefochtene Verwaltungsakt - ganz oder teilweise - aufgehoben wird. Dieser Ausspruch wird in subjektiver Beziehung zumeist keine Zweifelsfragen erwecken, wenn es sich um eine Einzelverfügung handelt. Denn hier kann nur ein einzelner betroffen und beschwert sein; korrespondiert diese Beschwer mit der Begünstigung Dritter, so entfällt diese ipso iure mit der Beschwer. Eine relative Kassation, d.h. eine Aufhebung nur für einen oder einige von mehreren Betroffenen ist nicht denkbar; für den begrifflichen Gegensatz relativ - absolut ist überhaupt kein Raum. Es kann nur eine partielle oder totale Aufhebung in Betracht kommen, also eine sachlich-objektive Rechtsgestaltung.

⁵⁵⁶) Nicht also die Tarifbeteiligten oder Tarifkonkurrenten, soweit diese durch Ausspruch oder Aufhebung in ihren Rechten beeinträchtigt werden können; deren Rechtsstellungen würden hierbei nicht gestaltet und also auch nicht durch Kassation von Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit; vgl. dazu oben S. 46 ff., 76 ff.

So einfach die Dinge in diesem Fall liegen, so kompliziert kann es werden, wenn durch die angeforderte Verfügung eine Vielzahl von Personen beschwert wird, aber nur einige dagegen mit der Klage vorgegangen sind⁵⁵⁷⁾. Um zu begreifen, welche Fragen sich dann ergeben, vergegenwärtige man sich am besten die Prozeßlage bei der AVE.

Ein oder mehrere aus der Vielzahl der betroffenen Außenseiter haben Anfechtungsklage gegen den Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit erhoben. Das Verwaltungsgericht findet die Klage aus sachlichen Erwägungen begründet. Sein Urteil geht dahin, daß die AVE aufgehoben wird. Heißt das nun, daß die Aufhebung absolut, d. h. für alle Außenseiter - auch für die nicht am Prozeß beteiligten - erfolgt? Oder nur für den oder die Kläger? Und wenn dies der Fall ist, - hat die Kassation einheitliche Wirkung gegenüber allen (betroffenen) Außenseitern? - Oder das Gericht kommt zu dem Ergebnis, daß die AVE einigen Klägern gegenüber rechtswidrig, für alle anderen aber rechtmäßig ist. Muß oder kann es die AVE nur insoweit also relativ aufheben, oder hat die Kassation einheitlich (absolut) zu erfolgen?⁵⁵⁸⁾

557) Da zufolge der Doppelnaturlehre Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit für die betroffenen Außenseiter keine Verwaltungsakte sind, diese also nicht anfechten können, besteht für diese Lehre das im folgenden erörterte Problem der subjektiven Reichweite der Kassation als solches nicht. Die Erörterungen im Text sind daher hauptsächlich vom Standpunkt der reinen Verwaltungsakttheorie berechtigt. Vgl. aber auch die folgende Fußnote.

558) Diese Fragen stellen sich nicht (so), wenn Tarifvertragsparteien oder Tarifkonkurrenten klagen. Deren Klage wird sich regelmäßig ausdrücklich oder erkennbar gegen die ganze AVE oder einen Teil richten, und dementsprechend wird gegebenenfalls die Kassation erfolgen oder zu verstehen sein. Wird die AVE hier ganz oder teilweise - etwa hinsichtlich des Geltungsbereiches - kassiert, so werden davon immer und notwendig auch alle oder ein Teil der Außenseiter betroffen, erfolgt die Kassation auch ihnen gegenüber - gleichgültig, ob die AVE sie (auch) in ihren Rechten verletzt oder nicht, wenn und soweit dies nur beim Kläger der Fall ist. Alles das gilt übrigens auch für die Auswirkungen der Doppelnaturlehre.

Will man darangehen, diese und alle damit verbundenen weiteren Fragen zu beantworten, so muß man zwei Dinge scharf voneinander unterscheiden. Das scheint in der bisherigen Diskussion vielfach nicht klar erkannt worden zu sein, woraus sich manches Mißverständnis ergeben haben mag⁵⁵⁹⁾.

Das verwaltungsgerichtliche Kassationsurteil ist in subjektiver Hinsicht zu betrachten einmal bezüglich des Inhalts und Umfangs und sodann bezüglich der Wirkung der Kassation. Ob ein Verwaltungsakt, von dem mehrere Personen betroffen und beschwert werden, der aber nur von einigen unter ihnen angefochten wird, für a l l e aufgehoben werden kann oder muß, ist eine Frage des Inhalts der Kassation⁵⁶⁰⁾. Sie ist begrifflich streng zu trennen von, ob die - relative oder absolute - Kassation auf die Klage einer Minderheit von Betroffenen auch für und gegen alle (Betroffenen) wirkt, wer mit anderen Worten die Kassation anerkennen, gegen sich gelten lassen muß⁵⁶¹⁾. Allerdings wäre es fehlsam zu verkennen, daß und wie zwischen beiden Fragen ein Zusammenhang besteht. Die Kassation der AVE auf die Klage eines Außenseiters oder mehrerer, die sich auf alle betroffenen Außenseiter erstrecken soll, bedarf der absoluten W i r k u n g , sonst ginge der Urteilsauspruch insofern ins Leere. Wer freilich davon ausgeht, daß eine Kassation der AVE immer nur für alle Außenseiter, also absolut möglich ist, für den kann lediglich die Urteilstwirkung interessant werden. Es ist aber gerade die Frage, ob für die AVE eine Regel der absoluten Kassation besteht. Dies soll daher zunächst untersucht werden.

559) Vgl. hierzu und zum folgenden Nikdtsch, Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte (Bielefeld 1965), S. 39 ff., 83 ff., 86 ff., 99 ff., 129 ff., 149 ff., 159 ff., mit Nachw.

560) Vielfach wird insofern von Gestaltungswirkung gesprochen, vgl. Nikdtsch, a.a.O., S. 84, 88, 99 f., obwohl dieser Begriff inhaltlich besser auf die Wirkung der Gestaltung, nicht für den Inhalt der Gestaltung zuträfe.

561) Nikdtsch, a.a.O., S. 88, 99 ff., 140 und passim; vgl. auch Bachof, MDR 50, S. 376

II. Die Reichweite der Gestaltung in subjektiver Beziehung

1. Die These von der Einheitlichkeit der Gestaltung

Die Frage, ob Ausspruch und (behördliche) Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit nur einheitlich für alle Außenseiter kassiert werden kann, oder ob auch eine nur relative Kassation möglich und zulässig ist, wird bisher, soweit ersichtlich, nicht überall als problematisch empfunden. Es heißt lediglich, die gerichtliche Aufhebung erfolge und wirke wie die behördliche⁵⁶²⁾; die AVE aber könne nur einheitlich erlassen und aufgehoben werden⁵⁶³⁾.

Die Richtigkeit jenes Obersatzes - die Vergleichbarkeit von gerichtlicher und behördlicher Aufhebung - wird dabei offenbar ohne weiteres vorausgesetzt. Nur Bettermann bildet insofern eine Ausnahme. Ausgehend von der für das Zivilrecht aufgestellten These, daß die richterliche Gestaltung nur in demselben Umfange Dritten gegenüber wirke wie eine entsprechende rechtsgeschäftliche Gestaltung, lehrt er⁵⁶⁴⁾, die Bestimmung des Ob und Wie verwaltungsgerichtlicher Kassation eines Verwaltungsaktes sei grundsätzlich durch den Vergleich damit zu gewinnen, in welcher Art und Weise die behördliche Aufhebung erfolgen würde.

Zur Begründung dafür, daß die Aufhebung der AVE ebenso wie diese selbst nur einheitlich für alle Außenseiter geschehen könne, werden insbesondere praktische Argumente angeführt. Sie lauten zusammengefaßt etwa folgendermaßen:

562) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 59; Nikisch, II, S. 517; Bettermann, RdA 59, S. 251 unter 6 c; zurückhaltender insoweit Gumpert, BB 59, S. 275; vgl. aber auch BB 54, S. 263 unter 4 b

563) Gumpert, BB 59, a.a.O.; Bettermann, a.a.O.; Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 229; abweichend Berger, DVBl. 56, S. 859; BVerwGE 7, 82(86) = AP Nr. 6 zu § 5 TVG mit Anmerkung Tophoven. Allerdings werden nicht immer Inhalt und Wirkung der Kassation genügend auseinandergehalten. Vgl. dazu Gumpert, Nipperdey u. Heussner, Berger, Tophoven und BVerwG, alle a.a.O.

564) Bettermann, a.a.O.; ähnlich auch Nicklisch, a.a.O., S. 89 ff.

Eine relative Kassation der AVE, eine Aufhebung also lediglich im Verhältnis Kläger - Behörde führe zu Konsequenzen, die dem Sinn und Zweck einer AVE widersprächen⁵⁶⁵⁾. Die mit der AVE bezweckte Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen auf tariflicher Grundlage würde bedroht, wenn einzelne Außen-seiter plötzlich von der Wirksamkeit eben dieser tariflichen Bedingungen ausgenommen wären⁵⁶⁶⁾. Auch träte nicht der endgültige Rechtsfriede ein, der nach Durchführung des Anfechtungsprozesses eintreten sollte, wenn die AVE einigen Außen-seitern gegenüber als rechtswidrig und aufgehoben, anderen gegenüber jedoch als rechtmäßig und beständig anzusehen sei⁵⁶⁷⁾.

Es wird bei dieser Argumentation also vornehmlich auf den sachlichen Zweck der AVE abgestellt. Diese Feststellung erregt die Vermutung, daß sich möglicherweise hinter der konkreten Fragestellung ein a l l g e m e i n e s Problem verbirgt. Es fragt sich nämlich, ob es vielleicht Verwaltungsakte gibt, bei denen die Frage der relativen oder absoluten Kassation zugleich eine materiell-rechtliche ist, bei denen Zweck und Inhalt mit der Vielzahl von Betroffenen derart zusammenhängt, daß die Herausnahme einzelner Betroffener zugleich eine sachliche Veränderung bedeutet. Kann man hier dann von einer T e i l u n g in subjektiver Hinsicht sprechen, also nicht nur von einer sachlich-objektiven Teilbarkeit, sondern auch von einer subjektiven? Gibt es bei Verwaltungsakten überhaupt (auch) eine subjektive Teilbarkeit (Trennbarkeit), und wenn ja, wann ist gegebenenfalls eine Teilaufhebung möglich? Nur bei relativer Rechtswidrigkeit - wenn es eine solche gibt! -, oder auch sonst?

Diesen Fragen ist wegen ihrer besonderen Bedeutung für den Sonderfall des Ausspruchs und der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im folgenden nachzugehen.

565) BVerwG, a.a.O.; Berger, a.a.O.; Bettermann, a.a.O.
Fußn. 42

566) Vgl. BVerwG, a.a.O.; Gumpert, BB 59, S. 274 unter VI

567) Gumpert, BB 54, S. 275 unter VI b

2. Absolute und relative Gestaltung bei Allgemeinverfügung im allgemeinen und AVE im besonderen

Sind Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen Verwaltungsakte, so muß grundsätzlich auch eine nur partielle Kassation in Frage kommen⁵⁶⁸⁾. Gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO wird der angefochtene Verwaltungsakt aufgehoben, "s o w e i t" er rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Damit wird deutlich gemacht, daß auch eine nur teilweise Kassation zulässig und möglich sein soll. Doch ist bisher, soweit ersichtlich, noch niemand auf den Gedanken gekommen, diese Möglichkeit anders als in Beziehung auf den sachlichen Inhalt des Verwaltungsaktes aufzufassen, von partieller bzw. totaler Kassation also auch im Falle der Teilaufhebung in bezug auf die Subjekte der Verfügung zu sprechen⁵⁶⁹⁾.

Dies zu tun würde voraussetzen, daß zum sachlichen Inhalt, der vom Zweck des Verwaltungsaktes bestimmt ist, auch und gerade gehört, daß er an eine Mehrzahl von Personen gerichtet ist. Daß, mit anderen Worten, der zu regelnde Sachverhalt durch eine Mehrzahl von unmittelbar Betroffenen gekennzeichnet ist. Und genau das wird - in anderen Worten - gemeint, wenn behauptet wird, Sinn und Zweck der AVE verlangen - wenn es überhaupt dazu käme - eine einheitliche (absolute) Kassation.

a) Um die damit aufgeworfene Frage beantworten zu können, ist es erforderlich, diejenige Art von Verwaltungsakten in die Betrachtung einzubeziehen, denen wesentlich ist, daß sie sich an eine Vielzahl von Personen richten. Das sind die sogenannten A l l g e m e i n v e r f ü g u n g e n. Es ist darauf hinzuweisen, daß die AVE von denjenigen innerhalb der Verwaltungsakttheorie, die die AVE als (auch) an die Außenseiter gerichtet ansehen, in die Kategorie der Allgemeinverfügung ausdrücklich eingeordnet wird⁵⁷⁰⁾.

568) Gumpert, BB 54, S. 263 unter III 4 b; vgl. aber auch BB 59, S. 275 unter VI b

569) Vgl. aber Gumpert, BB 59, S. 275, a.a.O.

570) Vgl. oben S. 6 und Fußn. 18 daselbst

Die verfahrensrechtliche Behandlung der Allgemeinverfügung (AllVfg) steht, wie man wohl sagen muß, dogmatisch noch in Kinderschuhen. Das mag vielleicht daran liegen, daß die einschlägigen Verfahrensordnungen der jüngeren Zeit vom "klassischen" Verwaltungsakt als Regelung eines Einzelfalles, gerichtet an einen einzelnen, ausgehen. Und dies wiederum dürfte darauf beruhen, daß die materiellrechtliche Erfassung und Durchdringung der Erscheinungsform der Allgemeinverfügung noch nicht abgeschlossen ist. Wie sehr auch die verliegende Untersuchung dadurch kompliziert ist, wird sich zeigen.

Herkömmlich wird die AllVfg gern beschrieben als "Bündel" oder "Büschel" von Einzelverfügungen⁵⁷¹⁾, gerichtet an eine entsprechende Mehrzahl von Adressaten. Folgt man dieser Beschreibung, dann würde es sich bei der AllVfg rechtlich nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um jeweils so viele handeln, wie von der AllVfg betroffen werden⁵⁷²⁾. Übertragen auf die Situation im Anfechtungsprozeß müßte das zur Folge haben, daß im Streite ist nur die aus dem "Bündel" herausgelöste, an den Kläger gerichtete Einzelverfügung. U l e⁵⁷³⁾ stellt denn auch fest, daß bei der Anfechtungsklage gegen eine AllVfg über deren Rechtmäßigkeit nur jedem einzelnen Kläger gegenüber entschieden werde, und also die AllVfg im Verhältnis zu einem rechtswidrig, zum anderen dagegen rechtmäßig sein könne. Dementsprechend wird der Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Kassation bestimmt. Greife, so meinen E y e r m a n n - F r ö h l e r⁵⁷⁴⁾, die AllVfg rechtswidrig in die Rechtssphäre nur eines einzelnen ein, dann sei nicht die AllVfg als solche, d. h. als Einheit aufzuheben, sondern nur, insoweit sie gegenüber diesem einzelnen wirke; im

571) Vgl. Drews-Wacke, S. 267; Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 78 f.; Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 32; BVerwG NJW 61, S. 1324

572) Eyermann-Fröhler, a.a.O., sowie § 42 Anh.Rdnr. 101

573) verwaltungsgerichtsbarkeit, zu § 64 (S. 232); vgl. auch Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 101, 112; sowie VGH Stuttgart, ES VGH 1, 68(62)

574) § 42 Rdnr. 32

übrigen bleibe sie wirksam⁵⁷⁵⁾. Danach könnte die AVE als AllVfg - auch wenn sie insgesamt und allen Betroffenen gegenüber rechtswidrig wäre! - auf die Anfechtungsklage eines einzelnen oder mehrerer schon deshalb gar nicht insgesamt aufgehoben werden, weil sie als "Bündel" gar nicht im Streite ist, sondern allenfalls mit einzelnen Verfügungen aus diesem Bündel.

aa) Eine solche Folgerung kann nicht ohne Bedenken und ohne weitere Nachprüfung hingenommen werden. Bei ihr wird zunächst verkannt, daß unter dem Namen der AllVfg, wie er herkömmlich verwendet hat, zwei Erscheinungsformen auftreten, die sich in einem wesentlichen Punkt unterscheiden. Es handelt sich nicht um einen Typ, sondern um zwei Grundtypen, die aber auch jeweils wieder verschieden gestaltete Untertypen umfassen. Es müßte daher erst nachgewiesen werden, daß diese Verschiedenheiten für das vorliegende Problem belanglos und die oben wiedergegebenen Thesen Allgemeinergültigkeit besitzen. Gerade hieran bestehen Zweifel.

Einzelverfügung und AllVfg gleichen sich darin, daß sie als e i n e hoheitliche Betätigung, als e i n Verwaltungsakt in Erscheinung treten. Die Eigenart der AllVfg liegt darin, daß sie die Anordnung zugleich eine V i e l - z a h l von Personen betrifft⁵⁷⁶⁾. Der Sachverhalt, der durch die AllVfg geregelt wird, ist dadurch gekennzeichnet, daß der Erlaß einzelner, gesonderter Verfügungen nicht möglich oder nicht zweckmäßig ist. So besteht beispielsweise kein praktisch realisierbarer Weg, ein präventives Versammlungs- oder Demonstrationsverbot oder das Verbot, ein bestimmtes Plakat abzureißen⁵⁷⁷⁾, im Wege einzelner Verfügungen auszusprechen⁵⁷⁸⁾. Denn das Verbot richtet sich gegen eine Vielzahl von Personen, die im Zeitpunkt des Erlasses⁵⁷⁹⁾

575) Eyermann-Fröhler, a.a.O.; Hoffmann, JZ 64, S. 705

576) Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt (Berlin 1962), S. 166, 175; Wolff, StUB I, S. 268; Turegg-Kraus, S. 126, 455; Forsthoft, S. 184; Drews-Wacke, a.a.O.

577) Weitere einschlägige Beispiele bei Volkmar, a.a.O., S. 171; Wolff, a.a.O., S. 268 f.

578) Volkmar, a.a.O., S. 128

579) Das ist wesentlich; vgl. Fuß, NJW 64, S. 947 unter c); OVG Koblenz, NJW 65, S. 2170

durch ihre Beziehungen zum konkreten Sachverhalt zwar als Gesamtheit, nicht aber individuell bestimmt oder bestimmbar⁵⁸⁰⁾. Bei der Anordnung an die Anlieger einer Straße, den Schnee auf den Bürgersteigen vor ihren Grundstücken wegzuräumen⁵⁸¹⁾ oder nach einem Explosionsunglück die auf die Straße gerallenen Dachziegel und Glasscherben⁵⁸²⁾, ist demgegenüber die Individualität der Adressaten der Anordnung im Zeitpunkt ihres Erlasses gattungsmäßig bestimmbar. Dem Erlass einzelner Verfügungen stünde daher theoretisch wie logisch nichts im Wege. Es wäre indessen im höchsten Maße unpraktisch, weil mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden⁵⁸³⁾.

Die Sachgemäßheit der Allvfg ergibt sich also aus der Besonderheit, daß zum Sachverhalt eine Mehrzahl von Personen in unmittelbarer Beziehung steht. Doch wie sich bei den oben vorgeführten Beispielen zeigte, kann jener Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt verschieden gestaltet sein. Die Adressaten können im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung

-
- 580) Bestimmbarkeit anhand objektiver Merkmale genügt nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum, vgl. z.B. BVerwGE 18, 1(3); BGHZ 20, 125(130); BVerfGE 11, 6(17); Forsthoff, S. 184; Turegg-Kraus, S. 126, 455; kritisch dazu aber Volkmar, a.a.O., S. 57 ff.; Fuß, a.a.O.; vgl. auch die Einzelbegründung zu § 27 des Misterentwurfes eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963, S. 137, wonach es der Ausschuß nicht als Verbesserung angesehen habe, in der Definition der Allvfg von einem "bestimmbaren Personenkreis" statt eines "nach allgemeinen Merkmalen bestimmten Personenkreises zu sprechen, wegen der Gefahr von Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber der Norm. - Im Grunde dürften die Meinungsverschiedenheiten eher terminologischer als begrifflicher Art sein.
- 581) Beispiel von Volkmar, a.a.O., S. 171; ähnlich Forsthoff, S. 120
- 582) Siehe auch Volkmar, S. 121, 122 f.: Einberufungsbefehl für eine bestimmte Altersklasse (S. 121 f., Fußn. 161; S. 124 Fußn. 171); der Befehl an die männlichen Einwohner einer bestimmten Ortschaft im Alter von x bis y Jahren, einen Panzergraben auszuheben (S. 122 f.)
- 583) Das gilt auch für die bemerkenswerten, vom BVerfG, a.a.O. der Allvfg zur Seite gestellten Beispiele.

in ihrer Individualität und Zahl unbestimmbar sein, d. h. eine Allgemeinheit darstellen⁵⁸⁴⁾, oder aber bestimmbar⁵⁸⁵⁾. Im ersten Fall wird ein Sachverhalt geregelt, an dem eine unbestimmte Zahl von Personen als Gesamtheit beteiligt ist⁵⁸⁶⁾ und an die sich infolgedessen die Verfügung als an eine Allgemeinheit wendet. Man kann insofern von einer konkret-generellen Regelung sprechen. Im anderen Falle wird eine Vielzahl von - sachlich gleichgestalteten - Sachverhalten geregelt, die entsprechend viele, aber individuell bestimmbare Personen betreffen. Hier ist die Verfügung als konkret-spezifisch zu klassifizieren. Wegen dieser Unterschiede empfiehlt es sich, auch terminologisch zu trennen. Im folgenden soll daher von einer AllVfg nur noch im ersten Falle (generell-konkrete Regelung) gesprochen werden (AllVfg i.e.S.); im zweiten dagegen von einer S a m m e l v e r f ü g u n g⁵⁸⁷⁾.

bb) Es wird nun erkennbar, daß die oben⁵⁸⁸⁾ wiedergegebenen Meinungsäußerungen im Schrifttum überhaupt nur einen Unterfall der Sammelverfügung im Auge haben können. Nur bei der Sammelverfügung könnte man wirklich unter Anwendung eines bildhaften Vergleiches von einem "Bündel" oder "Büschel" von Einzelverfügungen sprechen, die - wegen des Zweckes der Anordnung - zu einer - äußeren - Einheit zusammengefaßt sind, und bei denen daher die einzelnen Verfügungen rechtlich auflösbar, individualisierbar sind, mit der Folge, daß sie ein gesondertes Rechtsschicksal haben können⁵⁸⁹⁾.

Das ändert andererseits nichts daran, das - woran bisher, soweit ersichtlich, nirgends ausdrücklich Zweifel geäußert wurden - das "Bündel" selbst, nämlich die Sammelverfügung

584) Z.B. versammlungs- bzw. Demonstrationsverbot, verbot des Plakatabreißens

585) Z.B. Räumungsgebot an die Straßenanlieger wegen der Bürgersteige; vgl. oben S. 153

586) Vgl. Volkmar, a.a.O., S. 171

587) Der Begriff ist nicht neu, wurde jedoch bisher vielfach in generalisierender Weise mit dem der AllVfg schlecht-hin gleichgesetzt. Vgl. Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 32; Drews-Wacke, S. 261

588) S. 152

589) Vgl. Forsthoff, S. 501 f.

als solche, zugleich e i n e n Verwaltungsakt für sich selbst bildet. Die bildhafte Umschreibung der Sammelverfügung als Bündel oder Büschel von Einzelverfügungen will die Einheit einer Vielheit deutlich werden lassen. Die rechtliche Zerlegung in Einzelverfügungen, die vornehmlich vom Sichtwinkel der Betroffenen her gedacht ist, darf nicht darüber täuschen, daß seitens der Behörde ein einheitlicher hoheitlicher Ausspruch erfolgt.

Alle diese Erwägungen lassen die prozessuale Behandlung, die die AllVfg durch das Schrifttum bisher erfahren hat, einseitig und unzulänglich erscheinen. Es müssen andere Wege gegangen werden. Soweit im Rahmen dieser Untersuchung geboten, soll deren Richtung angedeutet werden.

cc) Bei der Untersuchung der AllVfg im allgemeinen und der AVE im besonderen als Gegenstand des Verwaltungsprozesses muß vor allem zurückgegriffen werden auf Erkenntnisse, die neuerdings V o l k m a r ⁵⁹⁰⁾ zu verdanken sind und die andeutungsweise schon Erwähnung fanden ⁵⁹¹⁾. Mit V o l k m a r ⁵⁹²⁾ wurden unterschieden Verwaltungsakte, die sich im Zeitpunkt ihres Erlasses zur Regelung eines Sachverhaltes an eine unbestimmte Vielzahl von Personen richten (konkret-generelle oder AllVfg i.e.S.) und Verwaltungsakte, die sich zur Regelung eines oder einer bestimmten Vielzahl von Fällen an eine bestimmte Vielzahl von Personen wenden (konkret-spezielle oder Sammelverfügung). V o l k m a r läßt übrigens die Möglichkeit von Mischformen ausdrücklich offen ⁵⁹³⁾.

Außer dem als Beispiel für die AllVfg. i.e.S. bereits erwähnte Verbot, ein bestimmtes Plakat abzureißen ⁵⁹⁴⁾, nennt V o l k m a r noch das Verbot, einen unter Naturschutz

590) Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt

591) S. 153 ff.

592) Der übrigens die praktisch-prozessualen Folgerungen aus seinen Erkenntnissen dahin lassen, ja, sie von seinem Blickwinkel aus sogar ausdrücklich für bedeutungslos bezeichnen durfte. Vgl. Volkmar, a.a.O., S.175

593) a.a.O.

594) Volkmar, a.a.O., S. 128, 171; Wolff, StuB I, S. 268 f.

gestellten Baum zu fällen ⁵⁹⁵⁾, und das Gebot, an einer Unfallstelle nichts zu verändern ⁵⁹⁶⁾. Vor allem bemerkenswert aber ist das Beispiel des Verbotes einer öffentlichen Versammlung oder Demonstration ⁵⁹⁷⁾. Es unterscheidet sich nämlich von den vorgenannten dadurch, daß hier die hoheitliche Anordnung auf ein Gesamtverhalten abzielt, ihr Erfolg das Ergebnis einer Verhaltens einheit vieler Personen darstellen muß ⁵⁹⁸⁾.

Andererseits ist allen diesen Fällen gemeinsam, daß sie keine relative Aufhebung zulassen. Denn eine relative Aufhebung setzt Teilbarkeit in subjektiver Beziehung voraus. Aufteilbar ist nur etwas Bestimmtes oder Bestimmbares. Eine unbestimmte Mehrzahl ist etwas quantitativ Unabgegrenztes. Infolgedessen kann auch für denjenigen, der den Ausspruch oder die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit als eine AllVfg i.e.V. ansieht, ein Problem der relativen oder absoluten Kassation nicht akut werden.

b) Anders, wenn und soweit Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit in die Gattung der Sammelverfügung einzuordnen wären. Das lehrt ein Blick auf beispielhafte Sachverhalte.

Dazu gehört das schon angeführte Gebot an Straßenanlieger, die durch Explosion oder Unwetter herabgeworfenen Scherben und Ziegel wegzuräumen ⁵⁹⁹⁾, die Beschlagnahme der Trümmer auf denjenigen Grundstücken einer Stadt, die kriegszerstört waren ⁶⁰⁰⁾, der Einberufungsbefehl für Angehörige einer bestimmten Altersklasse ⁶⁰¹⁾, das Gebot einer Gemeinde an alle Besitzer von Obstbäumen, diese mit Chemikalien zu spritzen ⁶⁰²⁾, der Befehl zur Mückenvernichtung an Hauseigentümer, in deren Häusern malariakranke Menschen gewohnt ha-

595) a.a.O., S. 128, 171, 173

596) S. 128

597) S. 128, 171; Wolff, a.a.O.; vgl. oben S. 153

598) Vgl. Volkmar, S. 171

599) Ähnliches Beispiel bei Volkmar, a.a.O., S. 169

600) Volkmar, a.a.O., S. 168; Drews-Wacke, a.a.O., S. 268

601) Volkmar, S. 121 f.; vgl. oben S. 154 Fußn. 582

602) Wolff, StuB I, S. 268 (§ 46 VI a)

ben⁶⁰³⁾. Besonders zu erwähnen ist aber auch der schon genannte⁶⁰⁴⁾ Panzergrabenfall, auf den später noch gesondert einzugehen sein wird.

Allen diesen Verwaltungsakten ist gemeinsam, daß sie nicht nur realiter, sondern auch subjektiv zerlegbar, d. h. teilbar sind, nämlich in so viele Einzelverfügungen (Gebote, Verbote), wie Betroffene vorhanden sind. Bei der Sammelverfügung ist somit möglich, daß auf Anfechtungsklage eines Betroffenen nur die gegen diesen gerichtete Verfügung aus dem "Bündel" im Streite ist. Bei ihr ist denkbar, daß sie dem einen Betroffenen gegenüber rechtswidrig, dem anderen gegenüber rechtmäßig ist. Hier kann begrifflich zutreffen, daß das Gericht die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes in sachlicher und zugleich in subjektiver Hinsicht zu überprüfen und notfalls zu verneinen hat, ohne daß diese Feststellung ipso iure auch für andere Betroffene gelten muß.

Versucht man nun, die AVE als Verwaltungsakt einzuordnen, so erweist sich, daß sie in keine der beiden Kategorien vollkommen paßt, weil sie materiellrechtlich sowohl Merkmale der Sammelverfügung als auch der AllVfg i.e.S. trägt. Sie gleicht der Sammelverfügung, soweit sie sich an die Tarifaußenseiter im Zeitpunkt ihres Erlasses wendet; diese sind durch die Zugehörigkeit ihres Arbeitsverhältnisses zum Geltungsbereich des Tarifvertrages bestimmbar. Das Gleiche gilt für die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit. Beide, Ausspruch wie Aufhebung, könnten insoweit als "Bündel" von Anordnungen bezüglich der Arbeitsverhältnisse der Außenseiter verstanden werden. Hinsichtlich der "späteren" Außenseiter⁶⁰⁵⁾ ist es insofern anders, als diese im Zeitpunkt des Ausspruches der Allgemeinverbindlichkeit nicht bestimmbar sind. In bezug auf diese Personengruppe ist

603) Volkmar, S. 168; Drews-Wacke, a.a.O.; vgl. auch den Fall des BVerwG in E 12, 87(89 f.) = NJW 61, S. 2077: Verbot des Inverkehrbringens von unkontrolliertem Endiaviensalat wegen Verdachtes der Typhusverbreitung, gerichtet an die Importeure und Einzelhändler.

604) Oben S. 154 Fußn. 582

605) Zu diesem Begriff vgl. oben S. 34

wenigstens die AVE zugleich AllVfg. i.w.S.⁶⁰⁶⁾. Doch kommt diese Besonderheit der AVE nicht zum Tragen, wenn und soweit es um die Frage der subjektiven Teilbarkeit geht. Denn diese wird erst und nur akut im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung, und dann geht es nur um die Bestimmbarkeit der gegenwärtig betroffenen Außenseiter. Als Gegenstand des Anfechtungsprozesses sind infolgedessen Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit als Sammelverfügungen zu betrachten und zu behandeln.

Dem stehen Wesen und Zweck der AVE nicht entgegen, wie vielfach angenommen zu werden scheint. Wie falsch eine solche Annahme ist, erweist die Betrachtung der behördlichen Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit. Diese ist durch § 5 V TVG ausdrücklich geregelt, allerdings nur in Hinsicht auf sachliche Voraussetzung und Verwaltungsverfahren. Herrschende Meinung in Theorie und Praxis war aber bisher⁶⁰⁷⁾,

- 606) Insoweit vergleichbar dem Fall des BVerwG, a.a.O.; dort galt das Verbot auch für die noch nicht von Typhus betroffenen, wenn auch bedrohten Kreise. Diesbezüglich war der Kreis der Betroffenen auch nach Ansicht des BVerwG nicht genau bestimmbar. Dennoch sollte diese Feststellung für die Qualifizierung des Verbotes nichts Entscheidendes besagen: Es handele sich nur um partielle und ausscheidbare Unbestimmtheiten, die die AllVfg vielleicht insoweit fehlerhaft erscheinen ließen, diese jedoch nicht begrifflich ausschlossen. Vgl. BVerwG, a.a.O.; vgl. dazu auch die Beispiele des BVerfG in E 11, 6(17); vgl. auch Auffahrt, BArBl. 57, 758
- 607) Abweichend neuerdings offenbar Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 227 f., die die Möglichkeit der relativen Aufhebung unter Hinweis auf (allgemeine) "Grundsätze des Verwaltungsrechts" ablehnen; es sei unzulässig, "der Verwaltungsbehörde zu gestatten, nur aus Gründen des öffentlichen Interesses einen begünstigenden Verwaltungsakt zu widerrufen, der dem einzelnen eine rechtliche persönliche Eigenschaft verliehen hat". Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dieser Ansicht ist hier nicht möglich und auch nicht nötig. Andeutungsweise sei soviel bemerkt, daß sie den Wirkungen der AVE kaum gerecht wird. Die AVE begünstigt nicht nur, sondern greift zugleich in Vertragsfreiheit ein. Vgl. oben S. 33 ff. Und sind die Voraussetzungen für die AVE entfallen, so kann gerade deswegen das öffentliche Interesse die Aufhebung insgesamt oder relativ erfordern.

daß eine AVE nicht immer in der Gestalt, wie sie erlassen wurde, von der Behörde wieder aufgehoben werden muß, sondern daß auch eine relative Aufhebung möglich und zulässig ist: so in der Form, daß der räumliche oder betriebliche oder fachliche Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifnormen eingeschränkt wird ⁶⁰⁸⁾. Man spricht hier zwar nicht von (relativer) Aufhebung, sondern von Änderung ⁶⁰⁹⁾, doch liegt dem offensichtlich eine einseitig sachlich-objektive Betrachtungsweise zugrunde ⁶¹⁰⁾ und kann nicht zweifelhaft sein, daß diese Art der Änderung in Wirklichkeit eine Teilaufhebung in subjektiver Hinsicht darstellt. Die nachträgliche Herausnahme von Außenseitern aus dem Wirkungsbereich der allgemeinverbindlichen Normen ist also möglich, ohne daß die AVE hierzu für alle Außenseiter (absolut) aufgehoben werden muß ⁶¹¹⁾. Allerdings müssen für eine derartige "Änderung" die Voraussetzungen des § 5 V TVG gegeben sein ⁶¹²⁾, bei den übrigen Außenseitern die Voraussetzungen für Erlass und Bestand der AVE weiterhin vorliegen.

Die AVE muß auch nicht notwendig im Verhältnis zu allen Außenseitern (absolut) rechtswidrig sein. Es sind vielmehr Fälle denkbar, in denen die Behörde für bestimmte Gruppen von Außenseitern im Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifnormen die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses oder des sozialen Notstandes (§ 5 II TVG) zu Unrecht angenommen hat ⁶¹³⁾. Bei Verfahrensverstößen wird die AVE allerdings zumeist einheitlich, d.h. für alle Außenseiter rechtswidrig sein.

608) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 44; Nikisch, II, S. 502; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 499; vgl. auch den Sachverhalt bei BVerwGE 7, 87

609) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.: Nikisch, a.a.O.: Hueck-Nipperdey, a.a.O.

610) Ein deutlicher - unbewußter - Hinweis darauf, daß bei der AVE eine relative Aufhebung zugleich eine sachliche Änderung ist, wie darzutun sein wird.

611) Dies kann freilich notwendig werden, wenn infolge der Herausnahme die AVE im übrigen nicht mehr den Erfordernissen des § 5 I TVG entspricht.

612) Vgl. die Fundstellen in Fußn. 608

613) Das hatten die Kläger im Falle BVerwGE 7, 87 u.a. geltend gemacht. Vgl. oben S. 73

Sonach ist als erstes Ergebnis der Untersuchung festzuhalten, daß die AVE und ihre Aufhebung als Sammelverfügungen subjektiv zerlegbar sind; es gibt keinen Satz des Inhalts, daß die AVE nur einheitlich (absolut) für alle Außenseiter aufhebbar ist; die relative Aufhebung, d. h. die Aufhebung im Verhältnis des einzelnen Außenseiters zur Behörde, ist zulässig und möglich.

c) Damit ist indessen einerseits nicht der Gegenschluß geboten, daß auf die Anfechtungsklage eines einzelnen immer nur eine relative Kassation in Betracht kommt. Und andererseits ist noch nichts darüber gesagt, ob sich nicht vielleicht die Notwendigkeit der absoluten Kassation aus Wesen und Zweck der Sammelverfügung im allgemeinen und der AVE im besonderen ergeben kann.

Daß diese Frage berechtigt sein kann und daher beantwortet werden muß, leuchtet ein, wenn man denjenigen Typ der Sammelverfügung betrachtet, die ein Gesamtverhalten der Betroffenen bewirken, eine Verhaltens- oder Zustandseinheit erreichen will, damit ihr Zweck erfüllt wird⁶¹⁴⁾.

Beispielhaft hierfür ist der schon mehrfach erwähnte⁶¹⁵⁾ Panzergrabenfall. Damit der Panzergraben so schnell wie möglich erstellt wird, bedarf es der vereinten Tätigkeit aller Aufgeforderten. Jeder von ihnen hat dabei eine im wesentlichen gleichgeartete Aufgabe: Ausschachtung eines Teiles des Erdbodens - zu erfüllen. Der Ausfall eines oder einiger Arbeiter kann bereits den beabsichtigten Erfolg gefährden, zum mindesten hinauszögern, was u. U. dasselbe sein mag. Bei dieser Art von Sammelverfügungen liegt das Gewicht besonders auf der Einheit. Zur Verdeutlichung mag das Beispiel eines Mosaikbildes herangezogen werden. Auch beim Mosaik ergibt sich das richtige, das gewünschte Bild erst nach Einfügung des letzten Mosaiksteines an der dafür vorgesehenen Stelle. Fehlt es, so klappt eine auf-

614) Vgl. oben S. 157

615) Vgl. oben S. 154 Fußn. 582; S. 157, Fußn. 601

fallende Lücke; fehlen mehrere Steine, so wird das Bild undeutlich und verzerrt, ja es kann seine Eigenschaft als Bild gänzlich verlieren. Es kann dann besser und sinnvoller sein, ein neues, anderes Bild zu fertigen.

Die einzelnen Mosaiksteine sind bei diesem Vergleich die einzelnen Verfügungen, die in der Sammelverfügung vereinigt werden; das Bild ist der einheitliche Verwaltungsakt.

Als wesentliche Erkenntnis ist danach festzuhalten, daß bei Sammelverfügungen, die auf eine Verhaltenseinheit oder Zustandseinheit abzielen, eine getrennte Beurteilung des sachlichen Inhalts und der subjektiven Reichweite nicht möglich ist. Beides zusammen macht das Wesen der spezifischen Sammelverfügung aus. Infolgedessen muß die sachliche Teilung ebenso wie die in subjektiver Beziehung eine Veränderung des Inhalts des Verwaltungsaktes bedeuten; werden einzelne Betroffene ausgenommen, so kann der Zweck verändert werden, ja seine Erreichung unmöglich gemacht sein.

Vergegenwärtigt man sich Sinn und Zweck der AVE, so kann nicht zweifelhaft sein, daß sie als Verwaltungsakt derjenigen Art von Sammelverfügung zugehört, die auf ein Gesamtverhalten, oder sachlich treffender, auf einen Gesamtzustand gerichtet ist. Denn bei ihr steht ja der Zweck gleichzeitiger und einheitlicher Regelung, einheitliche Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch einheitliche Erweiterung der Tarifgebundenheit im Geltungsbereich des Tarifvertrages im Vordergrund; bei der Aufhebung gemäß § 5 V TVG die einheitliche Wiederherstellung der Abdingbarkeit der Tarifnormen, falls diese nachwirken, oder des ursprünglichen Rechtszustandes, falls dies nicht der Fall ist. Infolgedessen könnte die nachträgliche Herausnahme etwa ganzer Gruppen von Außenseitern⁶¹⁶⁾ die Erfüllung des Zweckes im konkreten Falle verhindern oder wenigstens erheblich in Frage stellen.

616) Bei nur einzelnen wird diese Frage praktisch kaum bedeutsam werden können.

Die Erwägung, daß einerseits der zu regelnde Sachverhalt in bestimmten Fällen eine einheitliche, aber an eine Mehrzahl von Personen gerichtete Maßnahme erforderlich macht, andererseits die Herausnahme einzelner aus diesem Personenkreis deren Inhalt verändern und die sachliche Zweckerreichung der Maßnahme gefährden oder gar verhindern kann, führt zu der Einsicht, daß die Frage der relativen oder absoluten Kassation - zumindest auch - nach gleichen oder ähnlichen Gesichtspunkten wie bei der partiellen oder totalen beantwortet werden muß.

Es drängt sich also die Parallele zu den Grundsätzen auf, die zum Problem der sachlich-objektiven Teilbarkeit bzw. Teilaufhebung von Verwaltungsakten erarbeitet worden sind.

Der Gesetzgeber hat durch § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO grundsätzlich die Möglichkeit der Teilbarkeit und damit der teilweisen Kassation von Verwaltungsakten erkannt und anerkannt. Die gesetzliche Regelung folgt auch hierin dem Gedanken, daß Grund verwaltungsgerichtlicher Kassation die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ist⁶¹⁷⁾. Die Kassation betrifft und erfaßt den rechtswidrigen Verwaltungsakt - den Verwaltungsakt also auch nur, soweit er rechtswidrig ist, sofern eine derartige Aufteilung nach Inhalt und Zweck denkbar ist. In diesem Vorbehalt nun wird eine Rückverweisung auf die Gestalt und Gestaltung des konkreten Hoheitsaktes nach materiellem Recht erkennbar. Ist danach eine Trennung in einen rechtswidrigen und einen rechtmäßigen Teil nicht möglich, so muß der ganze Verwaltungsakt (total) aufgehoben werden. Eine einheitliche (totale) Kassation des nur teilweise rechtswidrigen Verwaltungsaktes kann sich aber ungeachtet des Wortlautes des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO auch dann als notwendig erweisen, wenn eine Teilaufhebung zwar sachlich denkbar wäre, jedoch entweder die Rechtswidrigkeit nun auch des anderen Teiles zur Folge hätte, oder die Behörde den aufzuhebenden Teil nicht allein erlassen hätte⁶¹⁸⁾.

617) BGHZ 9, 329(331); Eyermann-Fröhler, § 113 Rdnr. 16; Bettermann, NJW 58, S. 84; Geiger, Festschrift Verwaltungsgerichtsbarkeit I, S. 201

618) Eyermann-Fröhler, § 113 Rdnr. 35; vgl. auch § 42 Anh. Rdnr. 14; Schunck-De Clerck, § 113, 2 a bb

Dementsprechend hat es bei teilweiser Kassation sein Bestehen, wenn der Verwaltungsakt auch allein mit dem unbe-
anstandeten Teil (Inhalt) erlassen worden wäre⁶¹⁹⁾ - analog
dem Grundsatz des § 139 BGB. Bestehen hieran Zweifel, so
soll - wiederum analog § 139 BGB - totale Aufhebung erfol-
gen⁶²⁰⁾. Damit wird zugleich vermieden, daß das Gericht im
Ergebnis in das Verwaltungsermessen eingreift und Verwal-
tungsentscheidungen vornimmt⁶²¹⁾, zumal vielfach im Einzel-
fall die Abgrenzung von Teilaufhebung und Änderung eines
Verwaltungsaktes schwierig ist⁶²²⁾.

Von Teilbarkeit eines Verwaltungsaktes in subjektiver Be-
ziehung zu sprechen und folgerichtig die Grundsätze über
die Teilaufhebung in sachlich -objektiver Hinsicht zu
übernehmen, ist, soweit ersichtlich, noch nicht ausdrück-
lich erwogen worden. Man hat freilich die Möglichkeit der
Teilung eines Verwaltungsaktes für den Fall bejaht, daß
mehrere "selbständige" Verfügungen in der äußeren Form
eines einheitlichen Verwaltungsaktes zusammengefaßt sind:
so etwa bei mehreren Anordnungen gleichen Inhalts an meh-
rere Adressaten⁶²³⁾. Aber um was anderes handelt es sich
dabei als um Sammelverfügungen? Bei ihnen kann, wie ge-
zeigt, von einer Teilbarkeit im Sinne des § 113 Abs. 1
Satz 1 VwGO in einzelne der "gebündelten" Verfügungen ge-
sprochen werden. Dem steht nicht entgegen, daß im Anfech-
tungsprozeß des einzelnen gegen eine Sammelverfügung je-
weils nur die Einzelverfügung, d. h. der Verwaltungsakt im
Verhältnis Kläger - Behörde, im Streite ist, wie angenom-
men wird⁶²⁴⁾. Denn eine Teilung in dieser Weise ist hier
eben gerade möglich. Irrtümlich wäre nur, daraus für alle
Fälle den Schluß zu ziehen, daß eine Kassation nur dieser
einzelnen Verfügung in Betracht kommt. Denn dabei würde in

619) Klinger, B 2; Koehler, B X 2; Ule, Verwaltungsgerichts-
barkeit, I 1 b (S. 739 f.); Redeker-v.Oertzen, RdNr. 2,
alle zu § 113 und mit Nachweisen.

620) Klinger, Koehler, Eyermann-Fröhler, alle a.a.O.

621) Koehler, B X 2 zu § 113; Menger, System, S. 174

622) Vgl. Schunck-De Clerck, § 113, 2 a bb

623) Koehler, a.a.O.; Menger, a.a.O.

624) Vgl. oben S. 152

einseitiger Weise die Zweckbedingtheit des auf das Gesamtverhalten aller Betroffenen abzielenden einheitlichen Hoheitsaktes übersehen und mißachtet. Bei einer Sammelverfügung dieser Art kommt zwar bei Anfechtung einzelner oder mehrerer Betroffener grundsätzlich zunächst die nur relative Kassation in Betracht; es ist aber immer zu prüfen, ob damit nicht zugleich eine sachliche, d. h. auf den Zweck hin gesehene Änderung des einheitlichen Verwaltungsaktes bewirkt wird⁶²⁵⁾. In diesem Fall kann zulässig und geboten sein, den Verwaltungsakt absolut zu kassieren, um der Behörde Gelegenheit zu geben, angesichts der Rechtsauffassung des Gerichtes die sachlichen Gegebenheiten neu zu beurteilen und entsprechend neu zu entscheiden.

In welchem Umfange es sich bei verwaltungsgerichtlicher (relativer) Teilaufhebung zugleich um eine Änderung handeln und inwieweit gegebenenfalls eine solche Änderung gerechtfertigt sein könnte, wird allerdings vom Gericht mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln schwerlich jeweils genau übersehen werden können. Hinzu kommt im Falle von Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit, daß ihre behördliche Änderung nur unter den sachlichen und formellen Voraussetzungen des § 5 I, II, V TVG bzw. §§ 4 ff., 9 DVO/TVG möglich ist⁶²⁶⁾.

Andererseits kann sich das Gericht nicht einfach für eine nur relative Kassation entscheiden mit der beruhigenden Erwägung, wenn der restliche Teil des Verwaltungsaktes sachlich nicht (mehr) gerechtfertigt sei, werde ihn die Behörde gewiß gemäß § 5 V TVG aufheben⁶²⁷⁾.

625) Die - zulässige - nachträgliche behördliche Einschränkung des Geltungsbereiches der allgemeinverbindlichen Tarifnormen wird, wie erinnernlich, bezeichnenderweise ebenfalls nicht nur als (Teil-)Aufhebung der AVE in Hinsicht auf die betroffenen Außenseiter, sondern zugleich als Änderung der AVE selbst angesehen. Vgl. oben S. 160 und Fußn. 608, 609dasselbst

626) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 41; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 499; Nikisch, II, S. 502; Maus, Handbuch VII B Rdnr. 685

627) Hier kann, wie nachzutragen wäre (vgl. oben S. 130) ein öffentliches Interesse für die Behörde gem. § 5 V TVG bestehen.

Bei der Entscheidung über die relative oder absolute Kassation muß die Zahl derjenigen, denen gegenüber die AVE rechtswidrig ist, und deren Bedeutung für den ganzen Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifnormen, also auch das zahlenmäßige Verhältnis zu den übrigen betroffenen Außenseitern bedacht und berücksichtigt werden. Dabei ist weiter zu beachten, daß zwischen den von der AVE oder ihrer Aufhebung betroffenen Außenseitern arbeitsrechtliche Beziehungen bestehen⁶²⁸⁾. Relative Kassation könnte infolgedessen ohnehin nicht bedeuten, daß die AVE nur im Verhältnis Kläger - Behörde kassiert wird. Das ist besonders einleuchtend, wenn man eine Nachwirkung der Tarifnormen ablehnt⁶²⁹⁾. Dann kann nämlich die Verpflichtung zur Zahlung des Tariflohnes nicht entfallen, ohne daß zugleich auch das Recht, ihn zu fordern, erlischt. Es kann also begrifflich nur beides bestehen oder entfallen, nur beides aufgehoben oder wiederhergestellt werden⁶³⁰⁾. Ein solcher Zusammenhang besteht aber auch, wenn die Nachwirkung angenommen wird, wenn die Kassation sich also zunächst nur als Beseitigung bzw. Wiederherstellung der Unabdingbarkeit der Tarifnormen auswirkt. Denn die zwingende oder nachgiebige Natur der Normen, die ein Rechtsverhältnis in bestimmter Weise gestalten, läßt sich nicht relativieren; sie kann nur absolut, nie relativ bestehen⁶³¹⁾.

Für den Inhalt verwaltungsgerichtlicher Kassation von Anspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit in subjektiver Beziehung ist aus alldem der Schluß zu ziehen, daß ein allgemeingültiger Satz, wonach die Kassation immer einheitlich (absolut) zu erfolgen habe, nicht zu rechtfertigen ist. Doch läßt sich die Regel dahin formulieren, daß

628) Vgl. Gumpert, BB 59, S. 274 Fußn. 23

629) Vgl. zu dieser Frage die Bemerkungen oben S. 143 f.

630) Insoweit vergleichbar dem Fall der Kassation einer Mietverfügung gem. § 16 WBewG oder eines baupolizeilichen Dispenses von einer (auch) nachbarschützenden Norm; vgl. Nicklisch, Bindung usw., S. 93 f., 97 mit Nachweisen.

631) Welche rechtlichen und praktischen Probleme sich hieraus für die Notwendigkeit der Beiladung von Außenseitern ergeben (vgl. § 65 VwGO), wird noch zu erörtern sein. Vgl. unten § 9

eine Vermutung für die Notwendigkeit absoluter Kassation spricht, und zwar umso stärker, je größer die Zahl der Außenseiter ist, die die AVE angefochten haben. Nur unter diesen Prämissen ist die Möglichkeit und Zulässigkeit absoluter Kassation nach den Grundsätzen über die Grenzen der Teilaufhebung eines Verwaltungsaktes zu bejahen.

3. Die besonderen verfahrensrechtlichen Bedenken aus
§ 88 und § 113 Abs. 1 VwGO

Die vorstehend erarbeiteten Erkenntnisse harren aber noch der Prüfung, ob und wieweit sie den speziell prozessualen Erfordernissen gerecht werden. Waren sie doch das Ergebnis von Überlegungen, die ihren Ausgangspunkt allein in der materiellen Rechtslage hatten. Sie leiteten sich für die AllVfg im allgemeinen wie für die AVE im besonderen her aus einer Analyse von Wesen, Erscheinungsform und Zweck nach materiellem Recht. Ihre Verwendbarkeit für den Verwaltungsprozeß hängt aber davon ab, ob sie dessen Regeln gehorchen können. Bedenken können in zweierlei Hinsicht bestehen.

a) Zunächst einmal fragt sich, wie die Auswirkungen der oben gefundenen Regel mit der Bestimmung des § 88 VwGO zu vereinbaren sind. Hiernach darf nämlich das Verwaltungsgericht nicht über das Klagebegehren hinausgehen. Ist lediglich ein Teil des Verwaltungsaktes angefochten, wird aber der ganze Akt aufgehoben, so könnte damit möglicherweise über das Klagebegehren hinausgegangen oder eine Schlechterstellung des Klägers erfolgt sein; beides wird durch § 88 VwGO verboten⁶³²⁾.

Dies gilt auch für den Sonderfall der AllVfg bzw. Sammelverfügung im allgemeinen wie für die AVE im besonderen. Muß hier auf die Anfechtungsklage nur eines rechtswidrig Beschwerten die Verfügung (nicht lediglich im Verhältnis

632) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 88 (S. 310); Redeker-v.Oertzen, § 88 Rdnr. 2 ff., beide m. Nachw.

zu ihm und anderen Klägern, sondern) absolut (einheitlich) aufgehoben werden, so geht das Gericht über den Klageantrag regelmäßig hinaus, sofern man ihn als auf die individuelle Beschwer des Klägers durch den Verwaltungsakt und auf dessen Beseitigung bezogen begreift; aber regelmäßig ist es so, daß der einzelne Kläger sich nur gegen die Verfügung wenden will, insoweit diese gerade ihn in seinen Rechten verletzt⁶³³⁾. Überdies könnten gerade hier Bedenken aus § 88 VwGO wegen des Verbotes des "ultra petita" nicht erhoben werden (vgl. § 308 ZPO). Denn logisch kann dem Kläger selbst auch bei einheitlicher Kassation nicht mehr zugesprochen werden, als das, was er verlangt hat, wenn und weil es ihn betrifft. Daß möglicherweise die AllVfg für andere ebenfalls aufgehoben wird, wird ihm regelmäßig gleichgültig und wird also auch nicht Ziel seiner Klage sein⁶³⁴⁾⁶³⁵⁾.

Dennoch könnte § 88 VwGO verletzt sein, wenn man davon ausgeht, daß mit dieser Bestimmung (auch) eine unnötige Belastung der Gerichte verhindert und auch auf diese Weise ihre Funktionsfähigkeit im Rahmen der Rechtsschutzgewährung garantiert werden soll. Aber von einer unnötigen und ungerechtfertigten Belastung, die nicht durch die Notwendigkeiten des Einzelfalles entsteht, kann nicht gesprochen werden, wenn sie im Einzelfall aus den Pflichten des Gerichtes erwächst. Zu diesen Pflichten gehört, daß das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung nicht an die Stelle der Verwaltung treten, d. h. nicht Verwaltungsfunktionen wahrnehmen darf (Gewaltenteilungsprinzip). Diesem Grundsatz gegenüber müssen Erwägungen der arbeitsmäßigen Entlastung in den Hintergrund treten. Die absolute oder totale Kassation einer AllVfg verstößt infolgedessen dann jedenfalls nicht gegen § 88 VwGO, wenn sie erfolgt, weil die relative

633) Gumpert, BB 59, S. 274 unter VI

634) Andere natürlich außer den notwendig miterfaßten Arbeitsvertragspartnern, vgl. oben S. 166

635) Nach Klinger, § 88, A 1, verbietet diese Bestimmung, einen anderen - auch an den Kläger gerichteten, aber nicht angefochtenen - Verwaltungsakt aufzuheben. Das ist hier aber nicht der Fall.

und/oder partielle die Gefahr eines unzulässigen Eingriffs in die Aufgaben und Funktionen der Verwaltung mit sich bringen könnte.

b) Eine weitere Frage ist, ob das Verwaltungsgericht eine absolut, d. h. allen Betroffenen gegenüber rechtswidrige AllVfg auf die Anfechtungsklage nur eines Teiles der Betroffenen aufheben dürfte⁶³⁶⁾. Das könnte wegen § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO bedenklich sein: Der Richter hat einen Verwaltungsakt nicht bereits dann und deswegen aufzuheben, weil dieser objektiv rechtswidrig ist, sondern erst, wenn dadurch der einzelne Kläger in seinen Rechten verletzt ist⁶³⁷⁾. Durch § 113 VwGO wird nicht nur die Teilaufhebung eines Verwaltungsaktes wegen teilweiser Rechtswidrigkeit ermöglicht, sondern diese mögliche Teilaufhebung wird zugleich in bezug gesetzt zum einzelnen Kläger, damit also in anderer Hinsicht wieder begrenzt. Das ergibt sich jedenfalls, wenn man im Wortlaut des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO das Wort "soweit" nicht nur auf die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes, sondern auch auf die Rechtsverletzung des Klägers - und nur des Klägers! - bezieht⁶³⁸⁾, die Vorschrift also so liest, als stünde da: "Soweit der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist ..." Die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes muß gerade in bezug auf den Kläger gegeben sein⁶³⁹⁾. Mit anderen Worten: Ist der Verwaltungsakt rechtswidrig, so ist er (nur) insoweit aufzuheben, als er dadurch den Kläger in seinen Rechten verletzt. Das wird zwar nirgends ganz deutlich ausgesprochen. Es ergibt sich jedenfalls aber als Konsequenz des Grundsatzes, daß es nicht in erster Linie Aufgabe der Verwaltungsgerichte ist, über die Rechtmäßigkeit der Verwaltung zu wa-

636) Entsprechendes gilt, wenn es sich um die Klage eines Teiles der rechtswidrig Betroffenen handelt, hinsichtlich der Aufhebung für den Teil der "schweigenden" rechtswidrig Betroffenen. -

637) Vgl. Bettermann, Klagebefugnis usw., S. 451 f.

638) Koehler, § 113 B II 2 b

639) Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 112; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 II 2 (S. 120); Bettermann, a.a.O.

chen, sondern den individuellen Rechtsschutz zu gewähren - mag sich dabei zugleich auch eine im Interesse der Allgemeinheit und des Rechtsstaates liegenden und daher wünschenswerte Kontrollfunktion betätigen⁶⁴⁰⁾.

Eine entsprechende Auslegung des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO müßte mithin keinen Raum lassen für die Möglichkeit absoluter Kassation einer Sammelverfügung, die zwar allen Betroffenen gegenüber rechtswidrig, aber nur durch einen Teil von ihnen angefochten ist. Jedoch stünde eine derartige Forderung in merkwürdigem Widerspruch zu dem, was im Falle der nur teilweise rechtswidrigen AVE festgestellt wurde: daß nämlich bei Zweifeln an der Zulässigkeit relativer Kassation eines Verwaltungsaktes dieser absolut aufzuheben ist⁶⁴¹⁾. Es kann nicht recht einleuchten, warum dies gerade dann nicht ebenso sein soll, wenn sogar der noch stärkere Grund einer Rechtswidrigkeit auch des restlichen Verwaltungsaktes vorliegt. Denn hier muß die Behörde auch von sich aus aufheben, wenn ihr das Gericht nachgewiesen hat, daß die AVE in toto rechtswidrig ist. Hier nur deshalb von einer absoluten Kassation Abstand zu nehmen, weil die anderen rechtswidrig Beschweren sich möglicherweise damit abfinden - etwa, weil sie auch Vorteile davon haben - könnte nicht verständlich sein, wenn man die absolute Kassation einer nur relativ rechtswidrigen Sammelverfügung für möglich hält.

Eine theoretisch wie praktisch befriedigende Auflösung dieser und anderer Schwierigkeiten läßt sich nur aufgrund der Erkenntnis gewinnen, daß § 113 Abs. 1 VwGO den Fall der Sammelverfügung als Art des Verwaltungsaktes nicht im Auge hat. Der Wortlaut allein deutet schon darauf hin; in § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist vor allem an die Einzelverfügung gedacht, von der ein einzelner Kläger betroffen wird, und die

640) Vgl. Menger, System, S. 165; derselbe, Grundrechte III/2, S. 730; Forsthoff, S. 461 f.; Bayer. VerfGHE 11, 90 (97) sowie in NJW 62, S. 340 (für die Verf.-Beschwerde); kritisch zum Kontrollgedanken Bettermann, DVBl. 53, S. 163 f., 202 f.; Warnke, Festschrift Lehmann, II, S. 890 f.

641) Vgl. oben S. 166

ebenso teilweise (partiell) rechtswidrig sein kann, wie sie auch nur teilweise den Kläger in seinen Rechten zu verletzen imstande sein mag. Geht aber das Gesetz insofern von dem klassischen Typ des Verwaltungsaktes aus, so muß sich notwendig bei andersgearteten Maßnahmen, vor allem in Grenzfällen, die Fragwürdigkeit bedenkenloser und einschränkungsloser Anwendung dieser Bestimmung herausstellen⁶⁴²⁾. Diese Überlegung führt zu der Konsequenz, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO auf die Sammelverfügung anzuwenden, wie es sich mit deren Eigenart verträgt. Da es sich um einen einheitlichen Hoheitsakt handelt, der sich an eine bestimmte Mehrzahl von Personen wendet, also in subjektiver Hinsicht teilbar ist, muß jede verwaltungsgerichtliche Kassation diese Besonderheit berücksichtigen. Er ist also gegebenenfalls auch für diejenigen Betroffenen aufzuheben, die sich nicht gegen ihn gewehrt hatten, also auch absolut (einheitlich)⁶⁴³⁾. Im Falle der AVE würde überdies die These, daß eine rechtswidrige Sammelverfügung jeweils nur für diejenigen Betroffenen aufzuheben sei, die sie angefochten haben, vollends fragwürdig sein, wenn man (auch) den Tarifvertragsparteien oder anderen Personengruppen oder Verbänden eine Anfechtungsbefugnis zuerkennt. Je nachdem, inwieweit dann die Anfechtungsklage derartiger Kläger durchdränge, die AVE also (auch) rechtswidrig wäre, würde hier eine teilweise oder einheitliche Kassation auch ohne oder gegen den Willen der betroffenen Außenseiter erfolgen können und müssen⁶⁴⁴⁾.

4. Die Auslegung des Kassationsurteils

Offen bleibt danach noch eine praktisch wichtige Frage. Sie wird deutlich z. B. bei folgender Prozeßlage.

Ein oder einzelne Tarifaußenseiter haben gegen den Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit Anfechtungsklage erhoben. Sie

642) Vgl. Bettermann, RdA 59, S. 254 unter B IV 2 a

643) Zur hieran anschließenden Frage ihrer Beiladung vgl. unten § 9

644) Die begriffliche Alternative relativ-absolut wäre hier nur bedingt zutreffend. Vgl. oben S. 147 Fußn. 558

erweist sich als begründet, die AVE sich als rechtswidrig. Der Urteilsausspruch geht dahin, daß die AVE des Tarifvertrages aufgehoben wird. Relativ oder absolut? Ein derartiger Tenor läßt beide Möglichkeiten zu.

Ein Urteilsspruch, der mehreren Ausdeutungen zugänglich ist, muß unter Heranziehung der Urteilsgründe auszulegen⁶⁴⁵⁾ sein. Die Gründe, die zur Kassation der Sammelverfügung im allgemeinen oder der AVE im besonderen führen, werden regelmäßig erkennbar lassen, ob die Fehlerhaftigkeit verfahrensrechtlicher oder sachlicher Art ist. Handelt es sich um einen Verfahrensverstoß, so werden Zweifel an der absoluten Kassation selten entstehen. Beruht die Rechtswidrigkeit auf rechtsfehlerhafter Annahme der sachlichen Voraussetzungen⁶⁴⁶⁾, so ist davon auszugehen, daß die Kassation sich auf alle Betroffenen erstrecken sollte. Es kann aber sein, daß die Rechtswidrigkeit der Sammelverfügung nur bestimmten Betroffenen oder Gruppen gegenüber festgestellt wurde. Dann kommt in erster Linie eine nur relative Kassation in Betracht. Doch dürfte es der Eigenart und den Wirkungen eines Hoheitsaktes wie dem Ausspruch oder der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit am besten Rechnung tragen, wenn im Zweifel absolute Kassation als gewollt angenommen wird.

645) Vgl. BGHZ 2, 164(170); 7, 332(334); 36, 365(367); Rosenberg, S. 754; Stein-Jonas, § 322, VII 1; Wieczorek, § 322, E II b 4 (beide mit weiteren Nachweisen); Geiger, Festschrift Verwaltungsgerichtsbarkeit I, S. 197 f.; BVerwGE 17, 293(299)

646) Im Falle der AVE: § 5 I, V TVG

Zweites Kapitel: Die Wirkung des Kassationsurteils in subjektiver Beziehung

Im Ersten Kapitel wurde dargetan, daß die Sammelverfügung im allgemeinen und Ausspruch bzw. Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im besonderen auch in subjektiver Hinsicht teilbar sind. Es wurde daran anschließend nachgewiesen, daß eine relative wie absolute Kassation möglich ist. Unter Anwendung der Grundsätze über die Teilung und Teilaufhebung von Verwaltungsakten wurde sodann gefolgert, daß im Zweifel eine Kassation absolut zu erfolgen hat.

Ist die vorstehend wiedergegebene Regel richtig, so würde das bedeuten, daß eine Sammelverfügung wie die AVE auf Anfechtungsklage eines Außenseiters für alle Außenseiter, genauer: im Verhältnis zwischen allen Außenseitern und ihren Arbeitspartnern einerseits und der beklagten Behörde andererseits aufgehoben werden könnte, seien sie am Prozeß beteiligt oder nicht.

Besagt dies nun ipso iure, daß sich auch alle von der Kassation Betroffenen nach der gestalteten Rechtslage richten müssen, diese also einerseits anerkennen oder andererseits sich mit Erfolg darauf berufen können, sie seien nicht mehr (oder bei Kassation der Aufhebung weiterhin) tarifgebunden? Und daß beispielsweise die Arbeitsgerichte bei einem Streit zwischen Außenseitern über tarifliche Ansprüche von der durch Urteil gestalteten Rechtslage auszugehen hätten?

1. Wollte man dem BVerwG und einem Teil des Schrifttums folgen, so wären diese Fragen - jedenfalls in dieser Allgemeinheit - zu verneinen.

Das BVerwG⁶⁴⁷⁾ hatte, im Bestreben nach einer möglichst vielseitigen Widerlegung der vom Berufungsgericht⁶⁴⁸⁾ vertretenen reinen Verwaltungsakttheorie, beiläufig auf die

⁶⁴⁷⁾ E 7, 82(86) = AP Nr. 6 zu § 5 TVG; vgl. auch Tophoven in Anm. zu AP Nr. 6, a.a.O.; Gumpert, BB 59, S. 275 unter b

⁶⁴⁸⁾ OVG Berlin, AP Nr. 3 zu § 5 TVG

seiner Meinung nach bedenklichen praktischen Auswirkungen der abgelehnten Lehre hingewiesen; es hob hierbei insbesondere den Nachteil hervor, der sich seiner Ansicht nach ergeben müßte, wenn die mit der Anfechtungsklage angegriffene AVE durch richterlichen Ausspruch aufgehoben würde - hinzuzufügen wäre, was vom BVerwG offenbar ohne weiteres vorausgesetzt wurde, absolut -: Dies hätte dann nämlich, so folgert das Gericht, wegen der auf die Prozeßbeteiligten beschränkten Rechtskraftwirkung eine nur relative Unwirksamkeit der AVE zur Folge, und diese Folge sei mit Sinn und Zweck der AVE schlechthin unvereinbar⁶⁴⁹⁾.

Hätte das BVerwG bei seiner Argumentation recht, so würde dies bedeuten, daß eine absolute Kassation mangels absoluter Verbindlichkeit wirkungslos bliebe, ins Leere stieße. Die richterliche Entscheidung bände nur die Prozeßbeteiligten wegen der zwischen ihnen jedenfalls wirkenden Rechtskraft. Das ergibt sich aus § 121 VwGO⁶⁵⁰⁾, wonach rechtskräftige Urteile die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger insoweit binden, als über den Streitgegenstand entschieden worden ist. Zwar kann hier die umstrittene Frage nach dem Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß nicht besonders behandelt werden; im folgenden soll von der Ansicht ausgegangen werden, daß Streitgegenstand jedenfalls (auch) die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes ist⁶⁵¹⁾. Wesentlicher in diesem Zusammenhang ist die Begrenzung der Urteilsbindung auf die Prozeßbeteiligten. Das können außer Kläger und Beklagtem die Beigeladenen sowie der Vertreter des öffentlichen Interesses sein, § 63 VwGO.

649) BVerwG, a.a.O., S. 86; vgl. auch die gleiche Gedankenführung für den Fall der Verkehrszeichen als AllVfg bei R. Hoffmann, JZ 64, S. 705

650) Früher: § 80 MRVO Nr. 165; § 84 südd.VGG

651) So - allerdings vornehmlich für das frühere Recht - BGHZ 9, 129(329); 10, 220(225); 15, 17(19); 20, 379(383); BGH DVBl. 62, 753. Hiervon dürften aber auch §§ 121, 113 I VwGO ausgehen. Vgl. Eyermann-Fröhler, § 121 Rdnr. 10c; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 188; Bachof, JZ 62, S. 665 (Nr. 68); derselbe, JZ 66, S. 396 (Nr. 235, 236 a.E.); vgl. aber auch Geiger, a.a.O., S. 200 ff.

Als materielle Rechtskraft wird diejenige Wirkung einer formell rechtskräftigen (unanfechtbaren) Entscheidung verstanden, die sich in der Verbindlichkeit des in ihr enthaltenen Ausspruchs über die im konkreten Falle eingetretene Rechtsfolge äußert⁶⁵²⁾. Über diese Rechtsfolge darf unter den von der Rechtskraft ergriffenen Beteiligten nicht noch einmal bei Gericht verhandelt und entschieden werden⁶⁵³⁾. Dies gilt auch für den Verwaltungsprozeß⁶⁵⁴⁾. Mit formeller Rechtskraft des Urteils steht hier also fest, daß der angefochtene Verwaltungsakt im Verhältnis der Prozeßbeteiligten zueinander als rechtmäßig bzw. rechtswidrig anzusehen ist, sofern hierüber sachlich entschieden wurde⁶⁵⁵⁾. Keiner der Beteiligten könnte demnach in einem erneuten Rechtsstreit einem früheren Beteiligten gegenüber mit Erfolg geltend machen, daß die erste Entscheidung über denselben Verwaltungsakt falsch gewesen sei⁶⁵⁶⁾.

Auch bei der Anfechtungsklage gegen eine Sammelverfügung bleibt die Rechtskraft der stattgebenden Entscheidung auf die Prozeßbeteiligten beschränkt; erhebt danach ein anderer Betroffener Anfechtungsklage, so könnte das erste Urteil mangels Identität der Beteiligten jedenfalls keine materielle Rechtskraft für diesen neuen Prozeß wirken⁶⁵⁷⁾. Es erhellt somit auch für Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit, daß aus dem Gesichtspunkt der (subjektiv begrenzten) Rechtskraftwirkung eine absolute Verbindlichkeit tatsächlich nicht herzuleiten ist⁶⁵⁸⁾.

652) Rosenberg, a.a.O., S. 735

653) BGHZ 34, 337(339); Rosenberg, a.a.O., S. 739

654) BVerwG MDR 62, S. 427 f.; BSGE 13, 181 ff.; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, I (S. 405); Koehler, III 1, beide zu § 121. - Nur für den Ausschluß einer neuen abweichenden Entscheidung: Eyermann-Fröhler, Rdnr. 7, 40; Klinger, D 1, beide zu § 121

655) Eyermann-Fröhler, a.a.O., Rdnr. 11

656) Ule, a.a.O.; Nicklisch, Bindung usw., S. 155

657) VGH Stuttgart, ES VGH 1, 68(82); Ule, § 121 II 1 a.E. (S. 406); Eyermann-Fröhler, a.a.O., Rdnr. 31

658) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

2. Aber dieser Weg, den auch das BVerwG gedanklich gegangen ist, kann gar nicht richtig sein, weil der Ausgangspunkt falsch ist. Wesentlich ist nämlich bei der gerichtlichen Kassation nicht die Verbindlichkeit der Feststellung der Rechtswidrigkeit, sondern die Tatbestandswirkung der Gestaltung⁶⁵⁹⁾. Es werden hier inhaltlich wie terminologisch verschiedenartige Begriffe vermengt⁶⁶⁰⁾. Verkannt wird vor allem, daß die Kassation Rechtsgestaltung ist. Das Gestaltungsurteil erschöpft sich ja nicht in der Feststellung dessen, was rechtens ist, sondern gestaltet Rechtsverhältnisse⁶⁶¹⁾.

Nach allgemeiner Ansicht wirkt die Gestaltung bei rechtsgestaltenden Akten, seien sie hoheitlicher oder privatrechtlicher Art, für und gegen alle ("inter omnes"- oder "contra omnes"-Wirkung⁶⁶²⁾, da eine neue objektive Rechtslage geschaffen ist. Daher wirken der Ausspruch wie die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit einheitlich, d. h. allen gegenüber, und deswegen wirkt (grundsätzlich) auch deren verwaltungsgerichtliche Kassation nicht nur "inter partes", sondern "contra omnes"⁶⁶³⁾, d. h. allen gegenüber ohne Rücksicht darauf, wer sie veranlaßt hat und ob alle damit einverstanden sind. Man muß sich aber darüber klar sein, wer diese "alle" wirklich sind. Die Wirkung "contra omnes" bedeutet nämlich, daß die durch das Urteil herbeigeführte Gestaltung der materiellen Rechtsbeziehungen wie jede Rechtsgestaltung als solche von allen Rechtsgenossen - nicht nur von allen durch die Gestaltung unmittelbar Betroffenen, sondern von jedermann und allen Gerichten! - anerkannt und respektiert werden muß; es handelt sich also nicht um die Rechtskraftwirkung, sondern um die Tatbestandswirkung⁶⁶⁴⁾.

659) Nicklisch, a.a.O., S. 83 ff., 99 ff., 141, 155, 160 ff.; Bettermann, RdA 59, S. 251 Fußn. 41

660) Bettermann, a.a.O.; Nicklisch, S. 83 ff., 87, 99 ff.

661) Eyermann-Fröhler, a.a.O., Rdnr. 11; Nicklisch, S. 85; Geiger, Festschrift Verwaltungsgerichtsbarkeit I, S. 196; vgl. auch Bettermann, a.a.O.

662) Rosenberg, S. 412; Warnke, Festschrift Lehmann, Bd. II, S. 891; Eyermann-Fröhler, § 121 Rdnr. 11; Klinger, § 121 D 2

663) Warnke, a.a.O.; Nicklisch, S. 99 ff., 140 f., 159 f.

664) Nicklisch, a.a.O.; Geiger, a.a.O., S. 196; Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 235 f.; vgl. auch Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 25

Infolgedessen geht der Einwand wegen einer angeblichen relativen Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit absoluter Kassation fehl. Wird die Rechtslage durch Urteil für eine Mehrzahl von Personen gestaltet, so wirkt diese Gestaltung, auch wenn nicht alle Betroffenen am Prozeß beteiligt sind, dennoch auch für und gegen diese. Sie können nicht mit Erfolg geltend machen, der kassierte Verwaltungsakt sei nur wirksam für die Prozeßbeteiligten aufgehoben. Umgekehrt können sie sich bei nur relativer Kassation erfolgreich darauf berufen, daß sie nicht vom Urteil betroffen sind.

§ 8: Der Suspensiveffekt

I. Der Suspensiveffekt im allgemeinen und bei der AVE im besonderen

1. Das Wesen des Suspensiveffektes

Die Erhebung der Anfechtungsklage hat grundsätzlich⁶⁶⁵⁾ aufschiebende Wirkung, § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Sind Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit anfechtbare Verwaltungsakte, so unterliegen sie auch dem Suspensiveffekt der Anfechtungsklage⁶⁶⁶⁾, es sei denn, sie fielen unter die vom Gesetz in Absatz 2 Ziffern 1-4 angeführten Ausnahmen oder seien begrifflich einer aufschiebenden Wirkung nicht zugänglich⁶⁶⁷⁾.

665) Ausnahmen: § 80 II Nr. 1-4 VwGO

666) So Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 58; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 504; dieselben, Grundriß, S. 253; Gumpert, BB 54, S. 263 unter III 4; a.A. Nikisch, II, S. 517

667) Vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfes zum (damaligen) § 81, demzufolge jeder Verwaltungsakt dem Suspensiveffekt unterliegen sollte, sofern "er nur begrifflich einer aufschiebenden Wirkung fähig ist"; vgl. Regierungsentwurf zur VwGO, S. 40

Es bedarf nur einer flüchtigen Durchsicht, um zu erkennen, daß der gesetzliche Ausnahmekatalog für Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit nicht einschlägig ist⁶⁶⁸).

Weniger leicht ist die Frage zu beantworten, ob beide Hoheitsakte nach Inhalt und Erscheinungsform einer aufschiebenden Wirkung begrifflich teilhaftig werden können. Dabei läßt sich mit Gewißheit und ohne unzulässige Vorwegnahme späterer Prüfungsergebnisse feststellen, daß der Suspensiveffekt formal gesehen keine Kassation ist, d. h. keine endgültige Beseitigung des angefochtenen Verwaltungsaktes. Es ist daher zu fragen, was hier aufgeschoben werden kann.

Mit AVE erfassen die Tarifvertragsnormen im Geltungsbereich des Tarifvertrages die Arbeitsverhältnisse der bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, § 5 IV TVG. Sie gelten nun auch für diese unmittelbar und zwingend (§ 4 I TVG) und gestatten nur dem Arbeitnehmer günstigere abweichende Abmachungen (§ 4 III TVG). Unmittelbar mit AVE werden also die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter inhaltlich im Sinne der Tarifvertragsbedingungen gestaltet. Es bedarf hierzu keiner weiteren Maßnahme; die gewünschte Rechtsgestaltung tritt ipso iure mit Ausspruch oder im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Allgemeinverbindlichkeit gemäß § 6 DVO/TVG ein. Dasselbe gilt in sachlicher und inhaltlicher Umkehrung, im Falle der behördlichen Aufhebung gemäß § 5 V TVG⁶⁶⁹). Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit wirken durch ihre Gestaltung bzw. bei der Aufhebung durch die Wiederherstellung der Gestaltungsfreiheit⁶⁷⁰). Begrifflich aufschiebbar könnten infolgedessen nur diese Wirkungen sein, die mit Wirksamkeit eintreten.

668) Dabei ist zu beachten, daß die Ausnahmen gemäß § 80 II Nr. 1 und 2 aus rein praktischen, nicht aus begrifflichen Gründen gemacht worden sind.

669) Natürlich nur, wenn keine Nachwirkung bleibt.

670) Wegen und im Falle einer Nachwirkung, vgl. dazu oben S. 145

Somit stellt sich die Frage, ob der Suspensiveffekt (auch) als Aufschub der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes verstanden werden kann. Muß sie verneint werden, so erübrigt sich jedes weitere Wort.

Das somit angeschnittene Problem ist nicht neu, aber infolge der Bestimmung des § 80 I 2 VwGO erneut Gegenstand erheblicher Auseinandersetzungen geworden. Da vor Inkrafttreten der VwGO inhaltsgleiche Vorschriften nicht existierten, konnte man sich allenfalls mit der Erwägung beruhigen, daß es positiv-rechtlich keine Bestimmung gab, derzufolge auch rechtsgestaltende Verwaltungsakte dem Suspensiveffekt unterliegen sollten⁶⁷¹⁾. Einer Entscheidung für oder wider war nicht mehr auszuweichen, als und seitdem es in Gestalt von § 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO eben diese Norm gab.

Die Fragestellung ergibt vereinfacht sich aus folgendem: Verwaltungsakten ist wesentlich, daß sie einen Sachverhalt hoheitlich und rechtsverbindlich regeln. Bei Verwaltungsakten, die (wegen ihres Zweckes) ein Gebot oder Verbot beinhalten, mit denen also - unmittelbar - ein bestimmtes Verhalten erstrebt wird, wird die darauf gerichtete Verpflichtung aktualisiert, und zwar mit ihrer Wirksamkeit, d. h. regelmäßig mit Erlaß. Das erstrebte Ziel (Verhalten) selbst ist damit jedoch noch nicht erreicht. Es ist vielmehr vom Willen des Betroffenen abhängig; verweigert er die Erfüllung seiner Pflicht, so kann er seitens des Trägers der Hoheitsgewalt mit den Mitteln des Verwaltungszwanges dazu angehalten werden⁶⁷²⁾. Insofern bedürfen derartige Verwaltungsakte zur Verwirklichung, d. h. zur Herstellung des gewünschten Sachverhaltes der Vollziehung, sei es durch den Betroffenen selbst und freiwillig, sei es durch Zwang. Diese Vollziehung zwecks Verwirklichung kann begrifflich Bezugsobjekt des Suspensiveffektes gemäß § 80 VwGO sein, wie § 80 Abs. 2-5 VwGO erkennen lassen⁶⁷³⁾. Wie

671) Desungeachtet gab es erhebliche Diskussionen; über sie unterrichtet zusammenfassend Daumann, Der Suspensiveffekt des § 80 VwGO als Vollzugs- oder Wirkungshemmung, Diss., Berlin 1964, S. 16 ff.

672) Siegmund-Schulze, DVBl. 63, S. 746

673) Darauf deutet zumal die Anführung speziell vollzugsfähiger und -bedürftiger Verwaltungsakte in Abs. 2, 4; vgl. VGH Kassel, DVBl. 64, S. 690 ff.

aber ist es bei andersartigen Verwaltungsakten, insbesondere bei solchen wie den rechtsgestaltenden? Für diese ist typisch, daß die zwecks Herbeiführung eines Rechtszustandes verfügte Rechtsänderung kraft behördlicher Willenserklärung eintritt und insoweit besonderer Vollziehung weder bedarf noch zugänglich ist, weil sie sie gewissermaßen in sich trägt⁶⁷⁴⁾.

Genauso verhält es sich bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit, für die die gestellte Frage und ihre Beantwortung daher bedeutsam sein muß. An ihr haben sich denn auch die Zweifel entzündet. Soll nämlich einerseits der Suspensiveffekt nach § 80 VwGO eintreten können, wenn der Verwaltungsakt einem solchen Aufschub überhaupt zugänglich ist, andererseits aber auch bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten (§ 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO), obwohl diese einer besonderen Vollziehung nicht bedürfen, so drängt sich als Schlußfolgerung auf, daß unter "Vollziehung" im Sinne des § 80 nicht (nur) die zur Verwirklichung erforderliche Vollziehung zu verstehen ist, sondern (auch) die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes.

Diese Ansicht wird im wesentlichen von der sogenannten Wirksamkeitslehre vertreten⁶⁷⁵⁾. Danach bedeutet Suspension vorläufige Kassation, gemessen an der Auswirkung.

Demgegenüber meint die Vollziehbarkeitslehre, der Suspensiveffekt hemme nur die Vollziehung, die allerdings alle belastenden behördlichen Ausführungsmaßnahmen für die Zweckverwirklichung des Verwaltungsaktes umfaßt, die den Eintritt der verfügten Rechtsänderung voraussetzen und sich aus dieser ergeben⁶⁷⁶⁾. Das ist - neuerdings⁶⁷⁷⁾ - auch die

674) BVerwGE 13, 1(8) = NJW 62, S. 604; Siegmund-Schulze, a.a.O.

675) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 80 Rdnr. 4; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 80 I 1 (S. 272 f.); Klinger, § 80, B 4; Be Clerck, DÖV 64, S. 152; Forsthoff, S. 499; Schwab, Suspensiveffekt usw., S. 214 f.; zum früheren Recht vgl. BGHZ 17, 84 = MDR 55, S. 732 mit krit. Anm. von Bittermann, S. 734 f.; BGH DÖV 56, S. 413; weitere Nachweise bei Daumann, a.a.O., S. 19 f.

676) BVerwG, a.a.O.; Daumann, a.a.O., S. 19 ff.

677) Vgl. aber noch BVerwG in NJW 61, S. 90

Auffassung des BVerwG⁶⁷⁸⁾. Folgt man ihr, so bieten sich bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit überhaupt keine einschlägigen Probleme. Denn dann unterliegen sie keinem Suspensiveffekt⁶⁷⁹⁾, weil es zur Erreichung des erstrebten Zweckes keiner belastenden behördlichen Vollziehung, aber auch keiner behördlichen Ausführungshandlung bedarf⁶⁸⁰⁾. Die durch Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages verfügte Rechtsänderung erfolgt durch Gestaltung von Rechtsverhältnissen zwischen den betroffenen Außenseitern; die daraus entspringenden Rechte und Pflichten sind von diesen auszuüben bzw. zu erfüllen und notfalls auf dem Klagewege durchzusetzen. Hierbei handelt es sich nicht um Vollziehung im Sinne der Vollziehbarkeitslehre⁶⁸¹⁾⁶⁸²⁾.

Ganz anders wirft die Wirksamkeitstheorie für Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit eine Reihe erheblicher Zweifelsfragen auf. Im Falle der AVE beginnen diese bereits bei der genauen Bestimmung dessen, was aufschiebende Wirkung hier bedeutet, ob es also hinsichtlich

678) E 13, 1 ff. = NJW 62, S. 604; BVerwG DÖV 62, S. 795 f.; BVerwGE 18, 72 = DVBl. 64, S. 761; ebenso Daumann, a.a.O.; Wolff, StuB III, S. 297; Redeker-v.Oertzen, § 80 Rdnr. 1; - kritisch Bachof, JZ 66, S. 475 f. (Nr. 281)

679) So Nikisch, II, S. 517

680) BVerwGE 13, 1(7)

681) Vgl. dazu Daumann, a.a.O., S. 82 f., 117

682) Zweifellos muß sich diese Lehre dem gewichtigen Vorwurf aussetzen, daß sie den Beschwerzten eines rechtsgestaltenden Verwaltungsaktes weitgehend des vorläufigen Rechtsschutzes beraubt. So auch Eyermann-Fröhler, § 80 Rdnr. 3; Siegmund-Schulze, a.a.O., S. 747 f.; Schwab, Suspensiveffekt usw., S. 214; KG, Beschluß v. 23.11.64 - 1 W 1337/64 - (unveröffentlicht) unter Hinweis auf BVerwGE 13, 1: "... jedenfalls können sie durch eine unzulängliche Fassung des Gesetzes entstehenden Folgen nicht durch eine Auslegung ausgeräumt werden, die sowohl dem Wortlaut des § 80 I 2 VwGO als auch dem Willen des Gesetzgebers widerspricht, da hierdurch der auch für rechtsgestaltende Verwaltungsakte gewollte vorläufige Rechtsschutz im Ergebnis entfielen ..."

der Arbeitsverhältnisse der Tarifaußenseiter ganz bei dem bisherigen (nichttariflichen) Zustand oder wenigstens bei einer Nachwirkung⁶⁸³⁾ der allgemeinverbindlichen Tarifnormen bleibt, d. h. nur deren Unabdingbarkeit "aufgeschoben" wird⁶⁸⁴⁾. Diese Frage kann auf die nach der Rückwirkung des Suspensiveffektes treffen: Knüpft seine Wirkung (erst) an die Erhebung der Anfechtungsklage oder (schon) an den Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit an? Es wäre nämlich möglich, daß nur im ersten Fall eine Nachwirkung denkbar ist, weil im zweiten fraglich sein muß, ob bei Suspension der AVE ab initio noch von einer Wirkung als Voraussetzung jeder Nachwirkung gesprochen werden könnte⁶⁸⁵⁾.

Da es sich um die genaue Bestimmung des Wirkungsinhaltes beim Suspensiveffekt handelt, ist zunächst dieser Frage nachzugehen, ehe sodann auf die besonderen Probleme des Wirkungsbereiches in subjektiver Beziehung bei der AVE eingegangen wird.

2. Eintritt und Inhalt der aufschiebenden Wirkung bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im besonderen

Das Gesetz sagt nicht genau, in welchem Zeitpunkt die aufschiebende Wirkung eintreten soll. Es wird aber übereinstimmend die Auffassung vertreten, daß der Suspensiveffekt mit Einlegung des betreffenden Rechtsmittels beginne⁶⁸⁶⁾. Während aber z. B. nach U l e⁶⁸⁷⁾ eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erlasses bzw. Inkrafttretens des Ver-

683) Wenn und soweit diese möglich ist, vgl. oben S. 143 Fußn. 548

684) Vgl. dazu für die Kassation oben § 7, S. 144

685) Wegen der gleichen Frage für die Kassation vgl. oben S. 144 Fußn. 550

686) Eyermann-Fröhler Rdnr. 5; Klinger, B 2; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, I 1 a; Schunck-De Clerck, 2 h, alle zu § 80; De Clerck, NJW 61, S. 2234 unter 1 f; Siegmund-Schulze, DVBl. 63, S. 746 f.

687) A.a.O.; ebenso Schunck-De Clerck, a.a.O.; Siegmund-Schulze, a.a.O., S. 746 f., 751; Quaritsch, VerwA Bd. 51 (1960), S. 228

waltungsaktes nicht stattfinden soll, wollen E y e r -
m a n n - F r ö h l e r ⁶⁸⁸⁾ aus dem Wesen des Suspensiveffektes folgern, daß ihm Rückwirkung zukommen müsse.

Für diese Ansicht spricht, daß sie weitgehend den Sinn des Suspensiveffektes als Ergänzung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes berücksichtigt. Bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung, zu denen auch die AVE gezählt werden müßte, würde andernfalls die Verhinderung der Schaffung vollendeter Tatsachen nur teilweise gelingen ⁶⁸⁹⁾. Gegen sie wäre der Wortlaut des Gesetzes ins Feld zu führen ⁶⁹⁰⁾, ein für sich selbst aber schwaches Argument. Bedenklicher sind die u. U. unlösbaren rechtlichen wie praktischen Schwierigkeiten, die sich ergeben würden, wenn der Suspensiveffekt und - folgerichtig - seine Beseitigung infolge Anordnung der sofortigen Vollziehung sowie seine Wiederherstellung (§ 80 II Nr. 4, V VwGO) jeweils ex tunc wirken sollten ⁶⁹¹⁾. Die Frage kann hier nicht allgemein entschieden werden. Es genügt vielmehr im Rahmen dieser Fragestellung, einen Blick auf die Konsequenzen der einen oder anderen Ansicht für den Fall des Ausspruches und der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit zu werfen, dabei immer der Wirksamkeitslehre folgend.

a) Verneint man eine Rückwirkung des Suspensiveffektes im allgemeinen, so ergeben sich auch bei der AVE verhältnismäßig wenig Probleme. Dann fragt sich nämlich lediglich, ob mit Klageerhebung infolge der Suspension die gestaltende Einwirkung der Tarifnormen für die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter vollkommen aufgehoben ist, oder ob wenigstens eine Nachwirkung bleibt, was allein den Wegfall der Unabdingbarkeit der Tarifnormen für die Außenseiter bedeuten würde. Ist die Suspension eine vorläufige

688) A.a.O., Rdnr. 6; ebenso Klinger, a.a.O.; Heintze, NJW 63, S. 1434

689) Eyermann-Fröhler, a.a.O., Rdnr. 6, 4

690) Vgl. in § 80: Abs. 2: die aufschiebende Wirkung "entfällt"; Abs. 3: die Vollziehung wird "ausgesetzt"; Abs. 5: die aufschiebende Wirkung wird "wiederhergestellt".

691) Vgl. dazu schon Bettermann, MDR 55, S. 734 f.

Kassation, so müßte hier auch eine - vorläufige - Nachwirkung bejaht werden, sofern man sie überhaupt bei der Kassation für zulässig hält⁶⁹²⁾. Entsprechendes gilt für die behördliche Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit. Hier kann, bejaht man die Nachwirkung, lediglich die vorläufige Wiederherstellung der zwingenden Natur der Tarifnormen in Frage kommen; verneint man sie, so erfassen die Tarifnormen erneut, wenn auch vorläufig die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter (§ 5 IV TVG).

b) Bejaht man allgemein eine Rückwirkung bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten, so stellt sich desungeachtet zunächst die Frage, ob dies auch für den besonderen Fall der AVE gelten kann. Sie ist deshalb berechtigt, weil eine Rückwirkung hier rechtlich wie tatsächlich problematisch sein würde. Die folgenden Andeutungen lassen das ausreichend erkennen⁶⁹³⁾.

aa) Zunächst fragt sich, ob die Rückwirkung des Suspensiveffekts die AVE rechtlich von Anfang an jeder Wirkung entkleidet, mit der Folge, daß nicht einmal eine Nachwirkung in Betracht kommt. Die Rückwirkung ist eine Fiktion⁶⁹⁴⁾; tatsächlich haben die Tarifnormen bis zur Klageerhebung allgemeinverbindlich gegolten. Soweit ersichtlich, ist bisher noch nicht erörtert worden, ob trotz - fiktiv - rückwirkender Beseitigung der Tarifgebundenheit noch eine Nachwirkung der Tarifnormen möglich sein kann⁶⁹⁵⁾. Bejaht man wenigstens eine Nachwirkung, so will es zweifelhaft erscheinen, ob die Annahme eines rückwirkenden Wegfalls der Unabdingbarkeit der Tarifnormen - im Falle der Aufhebung deren rückwirkende Wiederherstellung - für die Betroffenen überhaupt einen wirksamen Rechtsschutz bedeuten kann.

692) Vgl. dazu oben S. 143

693) Eine ausführliche Erörterung der Rückwirkung soll für den Fall der (endgültigen) Kassation erfolgen; hier muß und kann es bei Andeutungen bewenden.

694) Vgl. dazu Siegmund-Schulze, a.a.O., S. 746 Fußn. 19

695) Das ist verständlich, da sowohl im Individual- wie im Kollektiv-Arbeitsrecht eine Rückwirkung überhaupt abgelehnt wird. Vgl. oben S. 144 sowie das Folgende

Verneint man - aus welchem Grund auch immer - eine Nachwirkung, so sieht man sich vor folgende Situation gestellt. Die Tarifnormen haben nach AVE und vor Erhebung der Anfechtungsklage bereits die Außenseiter erfaßt (§ 5 Abs. 4 TVG), d.h. auf die Arbeitsverhältnisse eingewirkt; sie haben die arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten unmittelbar und zwingend gestaltet, wenn vielleicht auch nur für relativ kurze Zeit. Was die betroffenen Arbeitsvertragspartner in dieser Zeit untereinander an tarifgemäßen Leistungen erbracht hatten, müsste mangels Rechtsgrundes zurückgewährt werden: Die Rückwirkung des Suspensiveffektes würde hier beinhalten, daß die privatrechtliche Lage so zu behandeln wäre, als hätten die Tarifnormen nicht allgemeinverbindlich gegolten. Andererseits könnte eine Rückgewähr kraft öffentlichen Rechtes nicht erzwungen werden und wäre überdies auch praktisch wohl nur zum Teil möglich; darüber hinaus schließlich wäre der Rechtszustand, wie er infolge aufschiebender Wirkung der Klage einträte, nur vorläufig und unsicher: sei es, daß er sich infolge einer Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO (deren Zulässigkeit unterstellt) ebenso vorläufig wieder änderte, sei es, daß er durch Urteil endgültig hergestellt oder auch endgültig beseitigt würde.

Nicht weniger fragwürdig wäre die Rückwirkung dann bei angefochtener Aufhebung (§ 5 V TVG): Die allgemeinverbindlichen Tarifnormen hätten gegolten, also müssten nun rechters die entsprechenden tariflichen Leistungen (nachträglich) erbracht werden ⁶⁹⁶).

c) Die vorstehend geschilderten Konsequenzen der Rückwirkung könnten allerdings vermieden werden, wenn man eine entsprechende Anwendung von Grundsätzen für möglich und zulässig hält, die für Arbeitsvertrag und Tarifvertrag entwickelt worden sind. Bei ihnen soll eine etwaige (bürgerlichrechtliche) Anfechtung immer nur mit Wirkung ex nunc

696) Gegen eine Rückwirkung in derartigen Fällen offenbar auch OVG Koblenz, NJW 65, S. 881

zu einer Beendigung führen, insofern der Kündigung vergleichbar⁶⁹⁷⁾. Auf die gegebene - prozessuale - Fallgestaltung übertragen, würde diese "arbeitsrechtliche" Lösung dazu führen, daß eine aufschiebende Wirkung für die Außenseiter nur mit Klageerhebung eintreten und dann nur die Frage sein kann, ob sie eine - vorläufige - Rückgestaltung der Arbeitsverhältnisse bedeutet oder nur die zwingende Natur der allgemeinverbindliche Tarifnormen berührt⁶⁹⁸⁾.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Suspensiv-effekt, je nachdem, wie man sich entscheidet, im Falle der AVE entweder den (vorläufigen) gänzlichen Wegfall der Tarifgebundenheit, d. h. die Unwirksamkeit der Tarifnormengestaltung oder lediglich den Wegfall der Unabdingbarkeit dieser Gestaltung zur Folge hat; im Falle der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit entsprechend die vorläufige Wiederherstellung der Tarifgebundenheit mit allen Konsequenzen oder (wenn man eine Nachwirkung annimmt) der Unabdingbarkeit, und beides jeweils ex nunc oder ex tunc, wiederum je nachdem, welcher Auffassung man den Vorzug gibt.

II. Der Wirkungsumfang des Suspensiveffekts in subjektiver Beziehung

1. Problem

Das Problem läßt sich mit wenigen Worten umreißen. Es geht darum, ob bei Anfechtungsklage eines einzelnen Betroffenen gegen eine Sammelverfügung im allgemeinen und gegen Anspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im besonderen der Suspensiveffekt relativ eintritt, d. h. nur im Verhältnis des Klägers zur beklagten Behörde, oder ab-

697) Wegen Einzelheiten und Nachweise muß auch hier auf die späteren Erörterungen bei der zeitlichen Wirkung des Kassationsurteils verwiesen werden. Vgl. unten § 11

698) Vgl. oben S. 183 unter a)

solut, d. h. allen, auch den nichtklagenden Außenseitern gegenüber⁶⁹⁹⁾.

Wie im Falle der subjektiven Reichweite der Gestaltung durch das Kassationsurteil, mit welchem Problemkreis sich die hier behandelte Frage naturgemäß berührt, enthält die VwGO keinerlei Hinweis auf die Einstellung des Gesetzgebers⁷⁰⁰⁾. Diese Tatsache hat zu einer umfangreichen Diskussion geführt, allerdings nur im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage gegen den sogenannten Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, auch "janusköpfiger" Verwaltungsakt genannt⁷⁰¹⁾; gemeint ist jener Typ von Verwaltungsakt, durch den ein Betroffener begünstigt und ein anderer zugleich beschwert wird. Als Musterbeispiel pflegt man die Fälle der Mietverfügung gemäß § 16 WBewG und - vor allem - des Baudispenses anzuführen⁷⁰²⁾. Indessen sind die dort bisher gewonnenen - und überdies weiter umstrittenen - Erkenntnisse der Sache nach wenig geeignet, für die Beantwortung der speziellen Fragen bei der AVE etwas herzugeben; sie könnten nur bedeutsam werden für das Verhältnis des Anfechtungsklägers zu seinen Arbeitsvertragspartnern; doch liegen, wenn man der Wirksamkeitslehre folgt, nicht an dieser Stelle die eigentlichen Schwierigkeiten⁷⁰³⁾. Keinen Wert haben jene Erkenntnisse für das Problem, ob und in welchem Umfange der Suspensiveffekt im Verhältnis zu anderen betroffenen Außenseitern eintritt, solchen also, die nicht in einem Arbeitsverhältnis mit dem Kläger stehen.

699) Wie schon bei der Kassation, so stellt sich diese Problematik nur dem Anhänger der Verwaltungsakttheorie. Vgl. dazu oben S. 147 Fußn. 557

700) So für den Verwaltungsakt mit Dritt- oder Doppelwirkung OVG Münster, NJW 66, S. 2181 ff.; immerhin könnte demgegenüber auf § 80 II Nr. 4 (überwiegendes Interesse eines Beteiligten!) hingewiesen werden.

701) Vgl. Fromm, VerwA Bd. 56 (1965), S. 26 ff.; Hauelsen, NJW 64, S. 2037 ff.

702) Vgl. dazu schon oben S. 166 Rechtsprechung und Schrifttum hierzu sind nahezu unüberschaubar. Vgl. vor allem neuerdings BVerwG, DVBl. 66, S. 269, 273; OVG Lüneburg, DVBl. 66, S. 275; OVG Münster, NJW 66, S. 2181 ff.; ausführlich und m. Nachw. Daumann, a.a.O., S. 76 ff.; De Clerck, DÖV 64, S. 152 f.; Redeker, DVBl. 62, S. 220; Fromm, a.a.O., S. 34 f., 43

703) Vgl. dazu unter 2. (S. 188)

Auch diese Frage ist nicht nur für die AVE, sondern ganz allgemein für die Sammelverfügung wichtig. Im Schrifttum findet man dazu lediglich die Bemerkung, bei der Anfechtungsklage gegen eine AllVfg wirke der Suspensiveffekt nur relativ; im übrigen bleibe der Verwaltungsakt wirksam und vollziehbar⁷⁰⁴⁾. Nähere oder gar befriedigende Begründungen sucht man indessen vergebens⁷⁰⁵⁾. Bettermann, der den Suspensiveffekt im Falle der AVE nur relativ wirken lassen wollte, hält einen sachlichen Zusammenhang mit den subjektiven Grenzen der Kassation für gegeben⁷⁰⁶⁾.

Darauf wird später noch einzugehen sein. Zunächst aber ist der Suspensiveffekt für das Verhältnis des Anfechtungsklägers zu seinem Arbeitspartner zu betrachten.

2. Der Suspensiveffekt im Verhältnis des Klägers zu seinen Arbeitsvertragspartnern

Es gehört zu Wesen und Zweck von Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit, daß durch sie Arbeitsverhältnisse, d. h. Rechtsverhältnisse gestaltet werden. Soweit die Außenseiter durch AVE oder Aufhebung belastet und/oder begünstigt werden, geschieht dies durch und infolge dieser Gestaltung⁷⁰⁷⁾. Wendet sich ein Außenseiter gegen eine hierauf beruhende Beschwerde, so notwendig zugleich gegen die regelmäßig korrespondierende Begünstigung beim Partner des Arbeitsverhältnisses; wird die AVE aufgehoben, so entfällt damit die Beschwerde des einen wie die Begünstigung des anderen Teils. Der Wegfall der Verpflichtung zur Zahlung des Tariflohnes bedeutet das Erlöschen des entsprechenden Forderungsrechtes. Eine relative Rechtsgestaltung ist insofern nicht denkbar⁷⁰⁸⁾. Nimmt man eine

704) De Clerck, NJW 61, S. 2233 f.; Schunck-De Clerck, § 80, 2 d; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 80 I 1 a, a.E. (S. 272); Klinger, § 80 B 1 a, a.E.; Hoffmann, JZ 64, S. 705

705) Bettermann, RdA 59, S. 250 unter 5

706) A.a.O.; gleicher Ansicht Redeker, DVBl. 54, S. 420

707) Vgl. dazu oben S. 27 f.

708) So zutreffend De Clerck, DÖV 64, S. 152 f.

Nachwirkung an, dann entfällt zwar lediglich das rechtliche Hindernis für die Wirksamkeit von Abmachungen, die für den Arbeitnehmer ungünstiger sind, und tritt auch diesbezügliche Gestaltungsfreiheit ein, aber notwendig auch für beide Partner des Arbeitsvertragsverhältnisses⁷⁰⁹⁾. Selbst wenn man also, was noch zu prüfen sein wird, die aufschiebende Wirkung immer nur relativ eintreten lassen will, so bedeutet das doch hier, daß sie die Arbeitsvertragspartner des Klägers - soweit ebenfalls Außenseiter im Geltungsbereich des Tarifvertrages - mit erfaßt, gleichgültig, ob diese durch die AVE (auch) begünstigt oder (nur) beschwert sind⁷¹⁰⁾.

3. Die subjektiven Grenzen des Suspensiveffektes im übrigen

Problematischer ist, ob damit zugleich die Grenzen des Suspensiveffektes in subjektiver Hinsicht abgesteckt sind; wenn dies zuträfe, könnte von einer absoluten Wirkung des Suspensiveffektes, d. h. allen betroffenen Außenseiter gegenüber, keine Rede sein.

Nach § 80 Abs. 1 VwGO hat die Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Nur wer sie erhebt, kann also den Suspensiveffekt auslösen. Man könnte demzufolge meinen, daß sie auch nur für diesen, d. h. im Verhältnis des Klägers (und dessen Vertragspartnern) zur beklagten Behörde, wirkt. In solcher Annahme wird man bestärkt durch die ratio legis bei § 80 Abs. 1 VwGO. Seine Einführung beruht auf dem Rechtsschutzgedanken⁷¹¹⁾. Der in Gestalt der Anfechtungsklage gegen einen (auch) belastenden Verwaltungsakt gebotene Rechtsschutz wäre unvollkommen, wenn dieser Verwaltungsakt trotz und ungeachtet erhobener Anfechtungsklage endgültige und unabänderliche Verhältnisse schaffen könnte, gegen die der

709) Vgl. dazu schon oben S. 166

710) Die gegenteilige Auffassung müßte im Falle der AVE folgerichtig zur Verneinung jeglichen Suspensiveffektes für den Kläger führen.

711) BVerwGE 1, 11; FfJ, 1; OVG Berlin E 7, 26(32 f.); VG Berlin, DAR 65, S. 165 f.; Forsthoff, S. 499; Jung, NJW 61, S. 159; Quaritsch, VerwA 51, S. 219 f.

Kläger ja gerade vorgeht und durch seine Klage zu verhindern oder zu beseitigen bestrebt ist⁷¹²⁾. Es soll verhindert werden, daß die Behörde vollendete Tatsachen schafft, die im Falle des Obsiegens des Klägers nicht oder nur unvollkommen oder nur schwierig rückgängig zu machen sind⁷¹³⁾. Angesichts der sofortigen Verbindlichkeit der Entscheidungen der öffentlichen Gewalt erhält diese ein erhebliches Übergewicht, das durch den Suspensiveffekt aufgehoben werden muß, will man nicht eine Art von Vorleistungspflicht des klagenden Bürgers zulassen⁷¹⁴⁾; eine solche würde den effektiven verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nicht unerheblich entwerten.

Hiernach erscheint es durchaus stichhaltig, den Suspensiv-effekt nach der Wirksamkeitslehre als-vorläufige - Kassation zu begreifen⁷¹⁵⁾; vorläufig wegen der Möglichkeit, daß seitens der Behörde die sofortige Vollziehung angeordnet wird, und wegen der Gewißheit, daß sie mit Eintritt der formellen Rechtskraft des Gerichtsurteils endet. Die gerichtliche Kassation des rechtswidrigen Verwaltungsaktes dient dem endgültigen Rechtsschutz; der kraft Gesetzes eintretende Suspensiveffekt sichert ihn längstens für die Dauer des Rechtsstreites. Abgesehen hiervon ist der Vergleich wegen der gleichen Auswirkungen gerechtfertigt. Infolgedessen kann im Falle der Sammelverfügung eine subjektive Teilbarkeit und Relativierung auch in bezug auf den Suspensiveffekt möglich sein. In Betracht kommt daher grundsätzlich zunächst ebenfalls nur die relative Suspension, d. h. eine aufschiebende Wirkung lediglich im Verhältnis des Klägers zur beklagten Behörde, im Falle von Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit unter notwendiger Einbeziehung der Arbeitspartner des Klägers⁷¹⁶⁾. Aber auch nur insoweit ist sie aus dem Gedanken vorläufiger Rechtsschutzgewährung zu rechtfertigen.

712) BVerwGE 1, 11 f.; VG Berlin, a.a.O.; Jung, a.a.O.; Eyermann-Fröhler, § 80 Rdnr. 1, 3; Siegmund-Schulze, a.a.O., S. 749

713) Wolff, StuB III, § 161 V d (S. 297); VG Berlin, a.a.O.

714) Eyermann-Fröhler, a.a.O., Rdnr. 3

715) Vgl. oben S. 180

716) Vgl. oben S. 166

Darüber hinaus ermangelt es aber auch einer Vergleichbarkeit mit der gerichtlichen Kassation. Dort besteht, wie nachgewiesen⁷¹⁷⁾, zwar die Möglichkeit und sogar eine Vermutung für eine absolute, alle Betroffenen erfassende Gestaltung. Indessen leitete sich diese gerade nicht aus der Rechtsschutzfunktion des Urteils her, sondern ohne Rücksicht auf diese aus der Einschätzung der Auswirkungen einer nur relativen Gestaltung bei der Sammelverfügung für die materiell-rechtliche Lage⁷¹⁸⁾: Wegen des besonderen Zweckes bei Sammelverfügungen, die auf einen Gesamtzustand gerichtet sind, und der dadurch bestimmten Eigenart als Bündelung von rechtlichen Einzelverfügungen zu einem einheitlichen Verwaltungsakt erschien es möglich und nahelegend, daß die nur relative Kassation materiell-rechtlich zugleich eine Änderung dieses Verwaltungsaktes bedeuten würde und somit eine Entscheidung, die nicht Aufgabe des Gerichtes, sondern - allein - der Verwaltungsbehörde wäre. Nur deshalb konnte es sogar für möglich und zulässig gehalten werden, eine nur relativ rechtswidrige Sammelverfügung absolut aufzuheben⁷¹⁹⁾.

Ob unter Berücksichtigung dieser Erwägungen eine nur relative oder absolute Kassation zu erfolgen hat, kann sich regelmäßig erst im Verlaufe des Rechtsstreites, vielleicht sogar erst bei der Entscheidung herausstellen. Der Suspensiveffekt hingegen tritt kraft Gesetzes mit Klageerhebung ein und kann daher nur relativ wirken⁷²⁰⁾. Eine ab initio absolut eintretende Suspension könnte nur mit der Begründung erwogen werden, daß die bloße Möglichkeit absoluter Kassation sie in jedem Falle erheische. Damit begäbe man sich jedoch ohne Not rechtsdogmatisch auf schwankenden Boden. Denn erstens ist, wie gesagt, die absolut wirkende Suspension aus Gründen des (vorläufigen) Rechtsschutzes nicht geboten, und zweitens können Gesichtspunkte, wie sie

717) Oben S. 161 ff.

718) Vgl. oben S. 161 ff.

719) Dazu oben S. 163 ff.

720) So Bettermann, RdA 59, S. 250, der darauf hinweist, daß die Außenseiter keine Rechtsgemeinschaft bilden.

bei der Kassation für die Notwendigkeit einheitlicher Gestaltung eine Rolle spielen mögen, bei nur vorläufiger Gestaltung nicht zum Tragen kommen.

Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, daß auch die Suspension nur für einen Teil der Betroffenen sich materiell-rechtlich und praktisch ungewollt nachteilig für Dritte oder gar für die Allgemeinheit auswirkt. Die Beispiele des Ausspruches und der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit machen das deutlich. Klagen mehrere Außenseiter, oder ist die Zahl der mit dem Kläger im Arbeitsverhältnis stehenden Außenseiter verhältnismäßig groß, so bewirkt die Klage wegen und infolge der Bestimmung des § 80 Abs. 1 VWGO eine u. U. weitreichende, wenn auch nur vorläufige Unterschiedlichkeit der Rechtslagen für die vom Suspensiveffekt Betroffenen und die unbeteiligten Außenseiter⁷²¹⁾. Das ist gewiß wegen der gewollten und erstrebten Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen unerwünscht und kann bei längerer Dauer Rechtsunsicherheit und als Auswirkungen der Ungleichheit der Arbeitsbedingungen Unruhe, Unzufriedenheit und soziale Spannungen - wenn nicht mehr! - zur Folge haben. Alles das ändert jedoch nichts daran, daß der Suspensiveffekt kraft Gesetzes und ohne Rücksicht auf seine (mittelbaren) Nebenfolgen eintritt, die hierfür ursächlichen Faktoren also außer Ansatz bleiben.

Um den hieraus erwachsenden geschilderten Nachteilen abzuhelpen, bietet sich möglicherweise das Institut der Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VWGO. Diese Möglichkeit erscheint auf den ersten Blick sogar als bestechender Ausweg, denn hier kann tatsächlich die Verwaltungsbehörde selbst die ihr erforderlich erscheinenden Konsequenzen aus den materiell-rechtlichen und praktischen Folgen der relativen Suspension ziehen; im Falle

721) Das gilt auch, wenn und soweit man eine Nachwirkung annimmt; denn dann gelten die Tarifvertragsnormen für einige Außenseiter nur abdingbar, d.h. nicht zwingend, als Mindestarbeitsbedingungen, für die anderen aber weiterhin unabdingbar.

der Kassation konnte das Gericht solche nur abschätzen und auf dieser vagen Grundlage entscheiden.

Aber erstens wird durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht die Suspension in subjektiver Hinsicht ausgedehnt, sondern - im Gegenteil - die aufschiebende Wirkung für die von ihr Betroffenen beseitigt⁷²²⁾. Zweitens müssen ganz bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein: Es muß für die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung ein öffentliches Interesse eines Beteiligten vorhanden sein (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO). Nicht zuletzt aber muß feststehen, daß die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Falle der AVE überhaupt möglich ist; hierauf wird unten noch einzugehen sein.

Es bleibt sonach dabei, daß weder bei der Sammelverfügung im allgemeinen noch bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im besonderen der Suspensiveffekt, absolut, d. h. für alle Betroffenen eintritt. Es kann sich nur fragen, ob und welche Möglichkeiten es gibt, unleugbare Unzuträglichkeiten des nur relativ wirkenden Suspensiveffektes zu verhindern oder zu beseitigen. Es soll daher nun ein Blick auf das Institut der Anordnung der sofortigen Vollziehung geworfen werden.

III. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit

1. Die Wirkung der Anordnung

Bejaht man den Suspensiveffekt bei der Anfechtungsklage gegen Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit, so muß man folgerichtig auch die behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO für möglich und zulässig halten⁷²³⁾. Der Wirksamkeitslehre beim Suspensiveffekt zufolge würde sie die Wiederherstel-

722) Und also der (vorläufige) Rechtsschutz weiter eingeschränkt!

723) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 80 Rdnr. 30, 32; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 80 I 3 (S. 275); Bettermann, a.a.O.; Siegmund-Schulze, DVBl. 63, S. 748 f.

lung der Wirksamkeit beinhalten⁷²⁴⁾, d. h. die Wirkung des Suspensiveffektes beseitigen, um - vorläufig - den ursprünglichen Zustand herbeizuführen. Allerdings besagt das im Falle der AVE nicht die Wiederherstellung der Tarifnormgeltung, sondern nur der Unabdingbarkeit, wenn man annimmt, daß der Suspensiveffekt eine Nachwirkung der Tarifnormen beläßt; die Wiederherstellung der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit bedeutet entweder den Wegfall der Tarifgebundenheit schlechthin oder wenigstens den Wegfall der Unabdingbarkeit⁷²⁵⁾.

Des weiteren fragt sich, ob die Anordnung zurückwirkt oder nicht.

Auch insofern sind alle Ansichten anzutreffen.

Während der Bundesgerichtshof⁷²⁶⁾ jedenfalls nicht generell und immer eine zeitliche Rückwirkung gelten lassen will, soll nach anderer Ansicht⁷²⁷⁾ Rückwirkung nur dann eintreten, wenn auch der angefochtene Verwaltungsakt selbst Rückwirkung hat. Überwiegend⁷²⁸⁾ wird jegliche Rückwirkung aus Erwägungen des Rechtsschutzbedürfnisses und der Rechtssicherheit⁷²⁹⁾ abgelehnt; man meint, es könne nicht, was mit Rücksicht auf die Suspension erlaubt war, plötzlich wieder unzulässig gewesen sein⁷³⁰⁾. Das Problem ist hier nicht allgemein und abschließend zu erörtern, sondern nur, soweit im sachlichen Zusammenhang geboten.

Man sollte meinen, daß die Anordnung der sofortigen Vollziehung als Korrelat des Suspensiveffektes zurückwirkt, wenn dies bei diesem der Fall ist. Aber ein solcher Schluß wäre nicht zwingend. Denn der Suspensiveffekt tritt ipso iure mit Klageerhebung ein, unabhängig von Wunsch und

724) Siegmund-Schulze, a.a.O., S. 749 ff.

725) Vgl. oben S. 145

726) BGHZ 17, 84(87 f.); vgl. auch Kayser, DÖV 54, S. 434; ähnlich Koehler, § 80, B IV 5

727) De Clerck, NJW 61, S. 2234 unter 2 d; Schunck-De Clerck, § 80, 3 d dd

728) Vgl. Ule, a.a.O., I 3 (S. 277); Eyermann-Fröhler, § 80; Wolff, StuB III, S. 298; Löwer, DÖV 65, S. 833 f. unter IV 4; OVG Bremen, DVBl. 61, S. 678

729) OVG Bremen, a.a.O.

730) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

Willen der Beteiligten, weil das Gesetz in abstrakto ein (vorläufiges) Rechtsschutzbedürfnis des Klägers unterstellt. Hingegen ist die sofortige Vollziehung von der Behörde - d. h. dem Beklagten! - besonders anzuordnen und nur unter den besonderen Voraussetzungen eines speziell öffentlichen Interesses oder des überwiegenden Interesses eines Beteiligten (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO). Es ist durchaus vorstellbar, daß diesbezügliche Gründe erst mit Wirkung von einem bestimmten Zeitpunkt lediglich für die Zukunft eintreten bzw. nur eine ex-nunc-Wirkung erforderlich machen oder rechtfertigen⁷³¹⁾. Daraus läßt sich zweierlei herleiten: erstens, daß die Anordnung der sofortigen Vollziehung keinesfalls ipso iure zurückwirkt, und zweitens, daß eine Rückwirkung von der Behörde nur ausgesprochen werden kann, wenn auch insofern die Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO vorliegen. Diese Auslegung dürfte dem Willen des Gesetzes am ehesten entsprechen. Etwaige sich hieraus bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten im allgemeinen wie bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im besonderen ergebende Schwierigkeiten werden regelmäßig keinen großen Umfang annehmen. Vergewärtigt man sich nämlich, daß die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsaktes zumeist schon bei und mit Erlaß, zumindest aber unverzüglich nach Klageerhebung zu erfolgen pflegt, daß also eine Suspension gar nicht oder nur geringfügig eintreten wird, so schrumpfen die Möglichkeiten von nachteiligen Auswirkungen bis zu praktischer Bedeutungslosigkeit zusammen.

2. Die Reichweite der Anordnung in subjektiver Beziehung

Äußerste Grenze für den subjektiven Wirkungsbereich der angeordneten sofortigen Vollziehung ist immer der Umfang des Suspensiveffektes in subjektiver Beziehung. Andererseits erstreckt sich die Wirkung der sofortigen Vollziehung nicht notwendig auf alle vom Suspensiveffekt Betroffenen. Da die Sammelverfügung, wie festgestellt⁷³²⁾, sub-

731) Vgl. Klinger, § 80, C 4 e

732) Oben S. 155

ektiv in einzelne Verfügungen zerlegbar, also teilbar ist, steht materiell-rechtlich nichts entgegen, daß die sofortige Vollziehung nur für einen Teil der Betroffenen erfolgt, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung nur insoweit gegeben sind. Die Zulässigkeit nur teilweiser Vollzugsanordnung ist - wenn hierbei auch nur an den sachlichen Teil gedacht wird - anerkannt⁷³³⁾.

3. Voraussetzungen für die Anordnung

Einzugehen ist schließlich noch auf die Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung beim Auspruch der Allgemeinverbindlichkeit.

Soweit der Suspensiveffekt bei der AVE im einschlägigen Schrifttum behandelt wird, findet man auch Ausführungen zur Anordnung der sofortigen Vollziehung⁷³⁴⁾. So wird übereinstimmend die Ansicht vertreten, ein öffentliches Interesse für die Anordnung werde im allgemeinen vorliegen, da die AVE selbst ja nur erfolgen dürfe, wenn sie im öffentlichen Interesse geboten sei⁷³⁵⁾.

Wäre dem so, so würde mit dem Vorliegen dieses öffentlichen Interesses allemal und automatisch auch eine Voraussetzung für die Beseitigung des Suspensiveffektes gegeben sein. Es ist aber nicht so. Vielmehr liegt darin eine Verkennung des Begriffs des öffentlichen Interesses nach § 80 Abs. 2 VwGO. Es handelt sich hierbei um ein ganz besonderes öffentliches Interesse, das im Verhältnis zu den Interessen des Rechtsschutzbegehrenden an der Aufrechterhaltung der Suspension überwiegen muß⁷³⁶⁾. Im Rahmen

733) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 80 I 3 a.E. (S. 277); derselbe, Verwaltungsprozeßrecht, S. 220; Eyermann-Fröhler, § 80 Rdnr. 27; De Clerck, NJW 61, S. 2235

734) Vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 58; Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, S. 504; Nikisch, II, S. 517 f.; Gumpert, BB 54, S. 263 unter III 4

735) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, a.a.O.; abweichend Nikisch, a.a.O., S. 517, der einen Suspensiveffekt der Anfechtungsklage gegen eine AVE überhaupt verneint.

736) De Clerck, a.a.O.; Schunck-De Clerck, 3 d ff; Redeker-v.Oertzen, Rdnr. 16; Koehler, B IV 3 c, alle zu § 80; vgl. auch BVerwG DVBl. 66, S. 273; OVG Berlin, E 7, 28 ff.

des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO kommt es darauf an, ob die Wirkung des Verwaltungsaktes infolge Klageerhebung einen Aufschub erleiden darf oder nicht. Es geht um die besondere Dringlichkeit der Vollziehung des Verwaltungsaktes im konkreten Einzelfall⁷³⁷⁾, vorwiegend also um ein besonderes zeitliches Moment, das für § 5 Abs. 1 Ziff. 2 und Satz 2 TVG bzw. § 5 Abs. 5 TVG nicht im Vordergrund steht. Eine generelle Dringlichkeit für die Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen entsprechend den tariflichen, wie sie z. B. bei einer AVE zur Behebung eines sozialen Notstandes (§ 5 Abs. 1 Satz 2 TVG) vorliegen mag, genügt regelmäßig nicht⁷³⁸⁾.

Weiterhin wird als Grund für die Anordnung der sofortigen Vollziehung bei der AVE das Argument der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes angeführt: Wenn die AVE einmal bekannt gemacht worden und für eine Vielzahl von Tarifaußenseitern bedeutsam geworden sei, müsse sich jeder auf die Gültigkeit verlassen können, bis sie wieder durch Gericht oder Behörde aufgehoben sei, abgesehen vom Fall der Nichtigkeit bei schweren Mängeln⁷³⁹⁾.

Auch dieses Argument beruht auf einer im allgemeinen wie im besonderen unzutreffenden Beurteilung der Regelung des § 80 VwGO.

Es könnte zunächst nur in Betracht kommen für Verwaltungsakte, die eine Mehrzahl von Personen betreffen und dabei belasten und begünstigen; denn nur hier kann die Berufung auf einen Vertrauensschutz überhaupt einen Sinn haben. Sodann kann es sich nicht um "jeden" handeln, dessen Vertrauen geschützt werden soll, sondern nur um die Betroffenen des Verwaltungsaktes. Und auch für diese käme doch wohl in erster Linie ein eigenes, überwiegendes Interesse im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO in Frage⁷⁴⁰⁾, das sich

737) OVG Berlin, a.a.O., S. 33

738) Vgl. De Clerck, a.a.O.; OVG Münster, NJW 62, S. 698; BVerwG, a.a.O.

739) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, a.a.O., Fußn. 50; Nikisch, a.a.O., S. 518; Gumpert, a.a.O., unter III 4 a

740) Vgl. BVerwG, DVBl. 66, S. 274

nur zu einem öffentlichen Interesse gemäß dieser Vorschrift auswachsen könnte, wenn die Zahl der Betroffenen für sich und/oder für die Allgemeinheit erheblich wäre. Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit können für eine Vielzahl von Betroffenen begünstigend und/oder belastend wirken⁷⁴¹⁾. Aber nur wenn die Anzahl der vom Suspensiveffekt betroffenen Außenseiter verhältnismäßig groß ist, könnte die Anordnung der sofortigen Vollziehung aus Gründen des öffentlichen Interesses geboten sein. Im Schrifttum wird stillschweigend oder ausdrücklich davon ausgegangen, daß der Suspensiveffekt absolut eintritt⁷⁴²⁾. Das ist nun zwar, wie gezeigt, nicht der Fall. Immerhin erscheint möglich, daß im Einzelfall eine größere Zahl von Außenseiter von ihm erfaßt wird. Aber deren Vertrauen auf den Bestand der AVE ist eines Schutzes nicht bedürftig. Denn es handelt sich um Außenseiter, die entweder selbst klagen oder aber mit den Klägern im Arbeitsverhältnis stehen und daher notwendig schnell von der Anfechtungsklage Kenntnis erhalten müssen⁷⁴³⁾.

Von Bedeutung könnte in diesem Zusammenhang eine andere Überlegung im Falle der AVE werden, die schon angedeutet wurde⁷⁴⁴⁾. Die Arbeitsvertragspartner des Klägers, die unter den Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages fallen, werden ohne Zutun und Willen vom Suspensiveffekt betroffen⁷⁴⁵⁾. Sie gehen im Unterschied von den insoweit Nichtbetroffenen etwaiger Vergünstigungen infolge AVE - jedenfalls vorläufig - verloren. Dieser Verlust kann sich praktisch erheblich für die wirtschaftliche Existenz des einzelnen auswirken, wenn und soweit keine Nachwirkung stattfindet und die außertariflichen Arbeitsbedingungen schlecht sind. Hier könnte dann das Interesse der Außenseiter überwiegen und die sofortige Vollziehung der AVE gebieten⁷⁴⁶⁾. Handelt es sich um sehr

741) Vgl. dazu oben S. 146

742) Vgl. etwa Nikisch, a.a.O.

743) Vgl. auch Hauelsen, NJW 64, S. 2039 f.

744) Vgl. oben S. 192

745) Der Begriff des Beteiligten in § 80 II Nr. 4 VwGO entspricht dem des vom Verwaltungsakt Betroffenen, ist daher weiter als derjenige des § 63; vgl. Koehler, § 80, B IV 4 b. - Die betroffenen Außenseiter sind infolgedessen sämtlich in diesem Sinne beteiligt.

viele Außenseiter, dann ist auch ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung nicht ausgeschlossen: Man denke an die Möglichkeit, daß die AVE zur Behebung eines sozialen Notstandes (§ 5 I 2 TVG) erging, sei es innerhalb der Arbeitnehmerschaft im Geltungsbereich des Tarifvertrages, sei es innerhalb einer darüber hinausreichenden Allgemeinheit⁷⁴⁶⁾. Hier könnte die auch nur vorläufige oder vorübergehende, möglicherweise indessen zeitlich länger anhaltende⁷⁴⁷⁾ Unwirksamkeit oder Abdingbarkeit der Tarifnormen für einen erheblichen Teil der Außenseiter und damit verbundenen Auswirkungen die Wiederherstellung der Wirksamkeit oder Unabdingbarkeit im öffentlichen Interesse gebieten.

§ 9: Die Beiladung

Jeder Verwaltungsrechtsstreit, dessen Entscheidung nicht nur die Prozeßparteien, sondern zugleich Dritte betreffen kann, wirft die Frage ihrer Beiladung auf. Nach § 65 Abs. 1 VwGO kann das befaßte Gericht während der Dauer des Verfahrens von Amts wegen andere, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden, beiladen. Die Beiladung Dritter ist gemäß § 65 Abs. 2 VwGO notwendig, wenn diese an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, daß die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann⁷⁴⁸⁾. Im ersten Fall spricht man von einfacher oder fakultativer, im letzteren von notwendiger oder obligatorischer Beiladung⁷⁴⁹⁾.

Betrachtet man daraufhin die Fälle des Ausspruchs und der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit als Hauptgegenstand

746) Vgl. dazu oben S. 126 ff.

747) Wegen der Möglichkeit, daß der Anfechtungsprozeß durch alle Rechtszüge geht.

748) Entsprechend § 75 II SGG; vgl. dazu BSGE 15, 118(125)

749) Vgl. Bettermann, JZ 62, S. 677

des Verwaltungsprozesses, so bietet sich schon bei erstem Überblick eine Reihe von Problemen. Kommen hier doch für eine Beiladung außer einer - vielleicht unübersehbaren - Vielzahl von betroffenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern noch die Tarifvertragsparteien sowie alle diejenigen Personen und Personengruppen oder -vereinigungen in Betracht, die gemäß § 5 II TVG am Ausgang des Verwaltungsverfahrens interessiert sind.

Im folgenden soll versucht werden, die hauptsächlichen Streit- oder Zweifelsfragen in diesem Zusammenhang darzustellen und zu ihnen Stellung zu nehmen.

I. Die notwendige Beiladung, insbesondere der Tarifaußenseiter

Abweichend vom Gesetzesaufbau soll zunächst das Institut der notwendigen Beiladung bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit behandelt werden. Es ist dies die bedeutungsvollere der beiden Beiladungsfälle, wie sich bereits aus dem Gewicht ersehen läßt, das verfahrensrechtlich einem Verstoß gegen die Beiladungspflicht beigelegt wird. Er macht das unter Verletzung des § 65 Abs. 2 VwGO zustande gekommene Urteil unwirksam und führt zu seiner Aufhebung im Rechtsmittelzug auch ohne besondere Rüge⁷⁵⁰⁾. Nicht zuletzt deshalb ist die notwendige Beiladung bei der AVE aber auch die problematischere. Das wird augenfällig für die Tarifaußenseiter.

Die Beiladung aller Tarifaußenseiter, die von der Entscheidung über Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit betroffen werden können, wird von Anhängern
wie von Gegnern der Verwaltungsakttheorien über-

⁷⁵⁰⁾ Ständige höchstrichterliche Rechtsprechung; vgl. BVerwGE 16, 23; 18, 124; BVerwG NJW 64, S. 1432; 66, S. 610, 1530; BVerwG DVBl. 66, S. 792; HessVGH MDR 66, S. 266; Eyermann-Fröhler, § 05 Rdnr. 39; § 120 Rdnr. 3; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 10 I 2 (S. 435) Schunck-De Clerck, § 130, 2 b bb; Redeker, DVBl. 62, S. 220; Nipperdey u. Heusner, Rechtsnatur usw., S. 229 f.; Bachof, JZ 66, S. 306 f. (Nr. 185)

einstimmend als unerfüllbare Forderung angesehen⁷⁵¹⁾. Die Gründe hierfür scheinen auf der Hand zu liegen. Die Zahl der beizuladenden Außenseiter kann vielfach groß und daher praktisch im Zeitpunkt der Klageerhebung kaum feststellbar sein⁷⁵²⁾. Ist ihre Beiladung aber notwendig und will man nicht einen unheilbaren Gesetzesverstoß begehen, dann müssen sie ausnahmslos beigeladen werden. Aber selbst wenn hierfür eine Aussicht praktischer Verwirklichung bestünde, so müßte diese regelmäßig zu Mammutprozessen und die Beiladung ad absurdum führen⁷⁵³⁾.

1. Allerdings muß man die Beiladung als notwendig befunden haben, bevor man die Frage der Praktikabilität und Zweckmäßigkeit erörtert. Verneint man die Notwendigkeit, so ist jedes weitere Wort überflüssig.

Das Letztere scheint der Fall zu sein, wenn man der modifizierten Verwaltungsakttheorie und der Doppelnaturlehre folgt.

a) So meint H e r s c h e l⁷⁵⁴⁾, daß das Problem einer Beiladung der Tarifaußenseiter auf dem Boden der Verwaltungsakttheorie - d. h. seiner Theorie! - gar nicht erst entstehen könne. Er folgert das aus der von ihm und B o g s⁷⁵⁵⁾ entwickelten These, daß durch Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit lediglich die Rechtsstellung der Tarifvertragsparteien berührt würde.

b) Noch deutlicher tritt diese Erwägung bei der von N i p p e r d e y und H e u s s n e r entwickelten Doppelnaturlehre⁷⁵⁶⁾ in den Vordergrund, was nicht überraschen kann, da auf den Gedankengängen jener aufgebaut wird⁷⁵⁷⁾.

751) Vgl. Herschel, RdA 59, S. 302 unter II 2; Berger, DVBl. 56, S. 859; Bettermann, RdA 59, S. 251; unter 7; Nipperdey u. Heussner, a.a.O.

752) Herschel, a.a.O., unter II 2 cc; Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 229; Bettermann, a.a.O.; vgl. auch Berger, a.a.O.

753) Vgl. in diesem Sinne Bettermann, JZ 62, S. 677; A. Blömeyer, ZZF 75, S. 18 f.

754) RdA 59, S. 362, unter II c 2 aa

755) Vgl. dazu oben S. 6 und Fußn. 19, 20 daselbst

756) Vgl. Rechtsnatur usw., S. 223 ff.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5 Rdnr. 46 ff.

757) Vgl. Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 223 f.

Beide Theorien stimmen ja darin überein, daß Ausspruch (und Aufhebung) der Allgemeinverbindlichkeit als Verwaltungsakte nicht an die Tarifaußenseiter gerichtet sind. Nur erkennt die Doppelnaturlehre, präziser und auch sachlich einen Schritt weitergehend, Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im Verhältnis zu den betroffenen Außenseitern die Qualität eines Rechtssetzungs(mitwirkungs-)aktes zu, bei dem es sich jedenfalls nicht um einen Verwaltungsakt handeln soll. Hieran anknüpfend, leugnen N i p p e r d e y und H e u s s n e r ⁷⁵⁸⁾ eine Beiladungsnotwendigkeit für die Außenseiter; Werde der Verwaltungsakt der AVE auf Anfechtungsklage einer Koalition kassiert, so komme zwar die Beiladung aller von der Tatbestandswirkung Betroffener in Frage; aber da "gegenüber dem Außenseiter die AVE als Verwaltungsakt keine "Wirkung" habe, "sondern nur im Rahmen einer Rechtssetzung von Bedeutung" sei, "also die Tatbestandswirkung ihn nur mittelbar" betreffe, so könne hier ein Recht auf notwendige Beiladung nicht angenommen werden⁷⁵⁹⁾. Die augenfällige Unschärfe dieser Formulierung läßt die Unsicherheit der Argumentation durchscheinen: Der AVE als Verwaltungsakt soll zwar gegenüber den Außenseitern keine "Wirkung", wohl aber eine "Bedeutung" zukommen!? Gemeint ist wohl, daß man von einer Tatbestandswirkung der AVE (und damit ihrer Aufhebung) gegenüber den Außenseitern überhaupt nicht sprechen könne, weil ein Rechtssetzungsakt einer solchen nicht fähig sei. Dann aber kann es nur mißverständlich sein, von einer "mittelbaren" Tatbestandswirkung für die Außenseiter zu sprechen. Die Begründung nach der Doppelnaturlehre krankt daran, daß zwar die AVE als Verwaltungsakt gegenüber den Tarifvertragsparteien Tatbestandswirkung haben soll - und also auch deren Aufhebung -, nicht aber dieselbe AVE als Rechtsetzungsakt und deren Aufhebung gegenüber den Außenseitern. Danach hätte man also eine rechtliche und eine faktische Tatbestandswirkung zu unterscheiden. Rechtlich

758) A.a.O., S. 235 f.

759) A.a.O., S. 236. Ähnlich Herschel, RdA 59, S. 362 unter II c 2, der bezweifelt, ob das Kassationsurteil unmittelbar auf den Rechtskreis der Außenseiter einwirkt.

hätte die AVE nur als Mitwirkungsakt gegenüber den Tarifvertragsparteien Tatbestandswirkung; die Beiladung der Außenseiter wäre daher nicht erforderlich. Freilich träfe diese eine tatsächliche Tatbestandswirkung, die aber keine Beiladungsnotwendigkeit schafft⁷⁶⁰⁾.

Es fragt sich nur, ob dieser Erklärungsversuch auch gegenüber § 65 Abs. 2 VwGO bestehen kann. Denn hiernach kommt es einzig und allein auf die unmittelbare Beteiligung an dem streitigen Rechtsverhältnis an. Wird die AVE von einer der Tarifvertragsparteien angefochten und hat die Klage Erfolg, so verändert die (absolute) Kassation zugleich und notwendig und unmittelbar die arbeitsrechtliche Lage der Außenseiter⁷⁶¹⁾. Damit wären die in § 65 Abs. 2 VwGO genannten Voraussetzungen erfüllt⁷⁶²⁾, zumal nichts über die rechtliche Qualifikation der Beteiligung gesagt, insbesondere nicht gefordert wird, daß der streitige Verwaltungsakt auch den "Beteiligten" gegenüber als Verwaltungsakt angesehen werden müsse. Die Doppelnaturlehre müßte infolgedessen, um die Notwendigkeit der Beiladung für die Außenseiter auszuschließen, dartun, daß und warum die Außenseiter überhaupt nicht im Rechtssinne am streitigen Verwaltungsakt der AVE beteiligt sind. Sie ist dazu auch gezwungen, ohne daß dies ihren Vertretern schon so recht klar geworden zu sein scheint, die Notwendigkeit zu leugnen. Denn sie würde andernfalls mit sich selbst in Konflikt geraten, wie folgende Überlegung zeigt. Nach der Doppelnaturlehre kommen die Tarifaußenseiter nicht als Anfechtungskläger gegen die AVE in Betracht, weil diese für sie ein Rechtssetzungsakt ist und als solcher der verwaltungsgerichtlichen Kassation nicht unterliegt. Die AVE als Mitwirkungsakt gegenüber den Tarifvertragsparteien wiederum

760) Diese hier sog. tatsächliche Tatbestandswirkung wäre dann im Ergebnis vergleichbar der "Wirkung", die eine in Kraft gesetzte Rechtsnorm für den Normunterworfenen hat; an deren notwendige Beiladung - etwa im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle - wird, soweit ersichtlich, ebenfalls nicht ernstlich gedacht.

761) Vgl. oben S. 143f; zweifelnd Herschel, a.a.O.

762) Bettermann, RdA 59, S. 251 unter III 7; BVerwGE 18, 126

kann sie nach dieser Lehre nicht betreffen, geschweige denn beeinträchtigen. Würde nun die Notwendigkeit ihrer Beiladung im Anfechtungsprozeß einer Tarifvertragspartei gegen die AVE bejaht, so bedeutete dies, daß der in seiner Rechtsstellung beeinträchtigte Außenseiter mangels rechtlicher Betroffenheit zwar nicht Anfechtungsklage gegen die AVE erheben kann, wohl aber in einem solchen Prozeß beizuladen wäre. Als notwendig Beigeladener hätte der Außenseiter aber, ohne selbst Partei zu werden, die Möglichkeit zur Vornahme von Parteihandlungen, zur Stellung von abweichenden Sachanträgen und zur Einlegung von Rechtsmitteln⁷⁶³⁾. Nicht als Kläger, aber auf dem Umweg über die Beiladung würde der Außenseiter also Einfluß auf Prozeß und Entscheidung über Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit nehmen können. Es erhellt, daß diese Konsequenz für die Doppelnaturlehre unannehmbar sein muß. Leugnet sie eine rechtliche Betroffenheit der Außenseiter durch die AVE als Verwaltungsakt, so muß sie auch deren Beteiligung an der angefochtenen AVE im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO verneinen⁷⁶⁴⁾. Es kann nur beides falsch oder beides richtig sein. Die Entscheidung darüber hängt letztlich mit dem Urteil über die Doppelnaturlehre selbst zusammen, das hier nicht zu fällen ist.

2. Weiter ist zu fragen, ob eine Notwendigkeit der Beiladung für die Tarifaussenseiter besteht, wenn Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit auch im Verhältnis zu ihnen Verwaltungsakt in der Form der Sammelverfügung sind.

Bei der Beantwortung ist auch hier allein von § 65 Abs. 2 VwGO auszugehen. Es kommt also darauf an, ob die Außenseiter an dem hier streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, daß die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich, d. h. absolut ergehen kann. Der Begriff des

763) Eyermann-Fröhler, § 65 Rdnr. 45; § 66 Rdnr. 16 ff.; Wolff, StUB III, § 171 III b 4 (S. 378); Koehler, § 66 III 1, 2; IV

764) Vgl. wegen des Zusammenhanges zwischen Anfechtungsbezugnis und Beiladung Menger, VerwA Bd. 55 (1964), S. 184

streitigen Rechtsverhältnisses, der allzu sklavisch dem § 62 ZPO entlehnt ist, bezeichnet nichts anderes als den streitigen Verwaltungsakt⁷⁶⁵⁾. Notwendig ist die Beiladung Dritter also dann, wenn der angefochtene Verwaltungsakt diese in der Weise betrifft, daß er und damit seine Kassation zugleich unmittelbar in deren Rechtsstellung eingreifen⁷⁶⁶⁾. Dann kann nämlich die Entscheidung des Gerichtes auch ihnen gegenüber nur einheitlich (absolut) ergehen. Dieser Auslegung entspricht die Begründung des Entwurfes der Bundesregierung⁷⁶⁷⁾ zur VwGO, derzufolge die Beiladung dann als notwendig anzusehen sei, "wenn zu erwarten steht, daß der zwischen den Prozeßparteien herrschende Streit nicht entschieden werden kann, ohne daß zugleich die Rechtssphäre Dritter unmittelbar mit in die Entscheidung einbezogen wird".

a) Den oben wiedergegebenen Meinungsäußerungen⁷⁶⁸⁾ liegt die Auffassung zugrunde, daß Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit immer nur absolut (einheitlich) vom Verwaltungsgericht kassiert werden können und infolgedessen alle Außenseiter durch die Kassation notwendig und unmittelbar in ihren Rechtsstellungen betroffen sein müssen. Demgegenüber wurde bereits oben, ausgehend vom Modellfall der Sammelverfügung, nachgewiesen, daß bei Anfechtungsklage durch den einzelnen Außenseiter zunächst immer nur die AVE "relativ" im Streit ist, d. h. nur insoweit sie das Verhältnis zwischen Kläger und beklagter Behörde betrifft⁷⁶⁹⁾. Danach könnte und müßte beizuladen sein, wer an diesem Streitverhältnis im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO beteiligt ist. Das ist eine nach der materiellen Rechtslage zu beantwortende Frage⁷⁷⁰⁾.

765) Jedenfalls im Falle der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage!

766) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 65 Rdnr. 27; Bachof, MDR 50, S. 376; Bettermann, DVBl. 51, S. 74; Haueisen, NJW 64, S. 2041, Fußn. 37; BVerwGE 18, 126; vgl. auch Peters-Sautter-Wolff, § 75 SGG, Erl. 5 a

767) Vgl. Reg. Entw. S. 38 (zu §§ 67/68)

768) S. 201, Fußn. 752, 753

769) § 7 S. 155, 157 ff.

770) BVerwGE 17, 293; 18, 124 ff.

Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages bewirken, daß Arbeits(rechts)verhältnisse zwischen Tarifaußenseitern gestaltet werden bzw. wieder deren Gestaltungsfreiheit unterliegen⁷⁷¹⁾. Infolgedessen ist immer und notwendig an dem Anfechtungsprozeß zwischen einem Außenseiter und der Behörde mindestens ein Dritter beteiligt, nämlich wenigstens der andere Partner des Arbeitsverhältnisses. Werden Ausspruch oder Aufhebung relativ kassiert, so erfaßt diese Kassation notwendig auch diese Personen: bei Anfechtungsklage des Arbeitgebers die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer-Außenseiter, bei Anfechtungsklage des Arbeitnehmers seinen Arbeitgeber. Es liegt hier insoweit nicht anders als im Falle staatlicher Mietverfügung oder Mietpreisfestsetzung⁷⁷²⁾, bei deren Anfechtung ein "Dreiecks"-Rechtsverhältnis⁷⁷³⁾ im Streite ist und wo die Kassation die an diesem Streitverhältnis unmittelbar Beteiligten, nämlich die Vertragspartner des Klägers notwendig einheitlich (absolut) ergreifen muß⁷⁷⁴⁾; diese müßten daher beigeladen werden⁷⁷⁵⁾.

b) Wie dargelegt, können Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit unter bestimmten Umständen und Voraussetzungen absolut kassiert werden, nämlich für alle Außenseiter, auch wenn nicht alle geklagt haben oder nicht alle rechtswidrig beeinträchtigt sind⁷⁷⁶⁾. Müssen dann, wenn sich die Möglichkeit oder Notwendigkeit absoluter Kassation abzeichnet, alle Außenseiter gemäß § 65 Abs. 2 VwGO beigeladen werden? Diese Frage trifft das Hauptproblem im Rahmen der Beiladung bei der AVE. Denn es geht hier um die Beiladung auch aller derjenigen Außenseiter,

771) Wegen der Nachwirkung der Tarifnormen bei Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit.

772) Vgl. § 2 1. BMG; § 35 AltBauMVO; dazu Blomeyer, ZZP 75, S. 18; Nicklisch, Bindung usw., S. 96 f.; Bettermann, DVBl. 51, S. 74

773) Bachof, JZ 66, S. 307 (Nr. 185)

774) Vgl. oben S. 166

775) BVerwGE 18, S. 126; Eyermann-Fröhler, § 65 Rdnr. 31; Schunck-De Clerck, § 65, 3 b; Peters-Sautter-Wolff, a.a.O.; Klinger, § 65, D 1; Nicklisch, a.a.O., S. 97; Bettermann, DVBl. 51, S. 74; Blomeyer, a.a.O.

776) Vgl. oben S. 169 f.

die zwar von der AVE und deren absoluter Kassation betroffen werden, aber nicht mit dem Kläger im Arbeitsverhältnis stehen. Die Rechtslage gleicht insoweit derjenigen bei einer "normalen" Sammelverfügung, deren Adressaten nicht (auch) untereinander in Rechtsbeziehungen stehen.

U l e ⁷⁷⁷⁾ und E y e r m a n n - F r ö h l e r ⁷⁷⁸⁾ leugnen, daß im Falle der Anfechtungsklage eines einzelnen gegen eine AllVfg das hier streitige Rechtsverhältnis nur einheitlich allen Adressaten gegenüber festzustellen wäre. Damit ziehen sie allerdings nur die Konsequenzen aus ihrer These, daß bei Anfechtung einer AllVfg immer nur die "los-gelöste" Einzelverfügung gegenüber dem Kläger im Streite sei und aufgehoben werden könnte⁷⁷⁹⁾.

Daß dem in dieser Allgemeinheit nicht so ist, jener Satz vielmehr allein für die Sammelverfügung und darüber hinaus auch nur bedingt Geltung beanspruchen kann, wurde oben⁷⁸⁰⁾ nachgewiesen. Die Kassation der Sammelverfügung hat zwar relativ zu erfolgen, aber nur, wenn und soweit dies nicht zu einer sachlichen Änderung der Verfügung im übrigen führen müßte. Die hiernach mögliche Notwendigkeit absoluter Kassation beruht darauf, daß zweckentsprechend von der Sammelverfügung eine Vielzahl von Personen einheitlich erfaßt werden soll. Diese sind demgemäß an der Sammelverfügung derart beteiligt, daß auf die Anfechtungsklage eines von ihnen die Notwendigkeit einer auch ihnen gegenüber nur einheitlichen (absoluten) Kassationsentscheidung gegeben sein kann. Dann liegt auch der Tatbestand des § 65 Abs. 2 VwGO vor; die von der Kassation Betroffenen der Sammelverfügung sind beizuladen⁷⁸¹⁾ - bei Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit alle Außenseiter.

Der wesentliche Unterschied zu allen jenen Fällen, die bei-

777) Verwaltungsgerichtsbarkeit, zu § 64 (S. 232); vgl. aber für den Sonderfall der AVE Erl. II 1 zu §§ 65/66 (S. 239)

778) § 64 Rdnr. 2, für die notwendige Streitgenossenschaft

779) Vgl. oben S. 152

780) S. 155 ff.

781) So Peters-Sautter-Wolff, § 75 SGG, Erl. 5

spielhaft für die notwendige Beiladung angeführt zu werden pflegen⁷⁸²⁾, liegt darin, daß die Beteiligung der Außen-seiter an Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbind-lichkeit nicht immer und in jedem Falle und von vornher-ein eine Beteiligung am streitigen Rechtsverhältnis bedin-gen und daher eine einheitliche (absolute) Entscheidung im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO erheischen muß. Eine derar-tige Möglichkeit wurde bislang, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß sie auch vom Gesetzgeber nicht bedacht worden ist. Doch besagt das keineswegs etwas gegen die Anwendbarkeit des § 65 Abs. 2 VwGO nach seinem Wortlaut wie Sinn und Zweck. Vielmehr spricht alles dafür⁷⁸³⁾. Insbesondere ist zu berücksich-tigen, daß die Regelung der notwendigen Beiladung in § 65 Abs. 2 VwGO eine besondere verfahrensrechtliche Ausgestal-tung des Art. 103 Abs. 1 GG darstellt⁷⁸⁴⁾. Die arbeits-rechtliche Stellung aller Tarifaußenseiter wird bei abso-luter Kassation ohne ihr Zutun, vielleicht gegen ihren Wil-len verändert, jedenfalls aber, ohne daß sie - als (auch) Betroffene - wenigstens rechtzeitig Gelegenheit zur Stel-lungnahme hatten und so auf die Entscheidung über Art und Bestand ihrer Rechte und Pflichten Einfluß nehmen konnte. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, daß hierin ein Ver-stoß gegen das Gebot der Gewährung ausreichenden rechtli-chen Gehörs vor Gericht zu erblicken wäre.

3. Andererseits besteht in mehrfacher Hinsicht Anlaß für die Frage, ob diesem Gebot durch die Beiladung aller Tarifaußenseiter mit Aussicht auf Verwirklichung Rechnung getragen würde.

782) Vgl. oben S. 206 und Fußn. 772 f. daselbst.

783) Zu bedenken ist, daß die Motive des Gesetzgebers in § 65 VwGO naturgemäß nur unvollständigen Ausdruck finden konnten. Vgl. dazu vor allem die Fundstelle S. 205 Fußn. 767; vgl. auch BVerwG NJW 66, S. 1530 f. = DVBl. 66, S. 792

784) Vgl. vor allem Bettermann, DVBl. 51, S. 73 ff.; der-selbe, RdA 59, S. 251 unter III 7; derselbe, JZ 62, S. 676 f.; sinngemäß Nicklisch, Bindung usw., S. 95; Schunck-De Clerck, § 65, 1 a; Eyermann-Fröhler, § 65 Rdnr. 1

So wird zutreffend eingewandt, die Beiladung so vieler Beteiligten sei praktisch unmöglich, weil die Betroffenen mit den dem Gericht zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht festzustellen und also zu laden seien ⁷⁸⁵⁾ - mag es auch logisch und theoretisch möglich erscheinen, ihre Zahl und Individualität lückenlos zu bestimmen. Es kann demzufolge nicht garantiert werden, daß alle Beteiligten im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO beigeladen würden und also wenigstens Gelegenheit zur Anhörung erhalten könnten; insoweit dies aber im konkreten Fall nicht gewährleistet wäre, läge ein Verstoß gegen § 65 VwGO vor mit den erwähnten ⁷⁸⁶⁾ schwerwiegenden verfahrensrechtlichen Konsequenzen. Allein diese Überlegung macht es schwer zu glauben, die Beiladung aller Außenseiter werde durch § 65 Abs. 2 VwGO gefordert.

Abgesehen von diesen mehr praktischen Bedenken ist aber auch zu fragen, ob es denn wirklich dem Sinn und Zweck der notwendigen Beiladung entspräche, daß eine so große Zahl von Personen am Prozeß beteiligt würden ⁷⁸⁷⁾. Denn damit würde nicht nur die Rechtsfindung durch das Gericht nicht gefördert ⁷⁸⁸⁾, sondern erschwert werden. Auch wären die Beigeladenen praktisch kaum in der Lage, sich aktiv einzuschalten und ausreichend Gehör zu verschaffen. Denn derartige Prozesse würden eine überdimensionale Ausdehnung annehmen und zu regelrechten "Mannschaftskämpfen" ausarten ⁷⁸⁹⁾; sie müßten endlos andauern, womit niemandem, am allerwenigsten den Beigeladenen selbst, gedient sein kann.

785) Herschel, RdA 59, S. 362 unter II 2 cc; Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 229; Peters-Sautter-Wolff, a.a.O.: vgl. auch Bettermann, RdA 59, S. 251 unter III 7

786) Vgl. S. 200

787) Diese Frage gilt gleichermaßen für die Beiladung der Arbeitsvertragspartner des Klägers. Vgl. dazu oben S. 206; das leuchtet besonders ein für den Fall, daß der Kläger Arbeitgeber mit einer Vielzahl von Arbeitnehmer-Außenseitern ist.

788) Die Beiladung hat - auch - den Zweck, zu möglichst umfassender Urteilsbildung des Gerichtes beizutragen: so schon Pr. OVG 11, 190, 192 f.

789) Bettermann, JZ 62, S. 677

Die Beiladung verlöre ihren Sinn⁷⁹⁰⁾.
Der Vorschlag H e r s c h e l s⁷⁹¹⁾, die Beiladung der betreffenden Außenseiter vom Vorhandensein eines besonderen Rechtsschutzinteresses abhängig zu machen und ein solches grundsätzlich für diejenigen zu bejahen, die bereits im Anhörungsverfahren nach § 5 II TVG, §§ 4 ff. DVO/TVG dem Ausspruch oder der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit widersprochen hatten, ist demgegenüber kein Ausweg. Denn erstens enthält § 65 II VwGO das Erfordernis eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses bereits in Gestalt der spezifischen Art der Beteiligung am streitigen Rechtsverhältnis; eines weiteren Rechtsschutzbedürfnisses bedarf es nicht⁷⁹²⁾. Und zweitens ist H e r s c h e l s Kriterium auch praktisch untauglich, weil regelmäßig diejenigen, welche dem Ausspruch bzw. der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit widersprochen hatten, der beantragten gerichtlichen Kassation nicht entgegentreten werden. Vielmehr wird diese zumeist ihrem Willen gerade entsprechen. Diese Betreffenden erneut anzuhören, könnte nur dann Anlaß bestehen, wenn die Aussicht bestünde, daß dabei neue, bisher unbekannte oder unbeachtete Gesichtspunkte für die Entscheidung erkennbar würden. Andererseits werden sich unter den Außenseitern, die Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit nicht widersprochen hatten, weil diese ihren Interessen entsprachen, viele befinden, die ein erhebliches Rechtsschutzinteresse (im Sinne H e r s c h e l s) geltend machen können, beigeladen zu werden, um so die Kassation verhindern zu helfen⁷⁹³⁾.

Es bleibt sonach dabei, daß die Beiladung aller derjenigen Außenseiter, die von der absoluten Kassation erfaßt werden können, nicht notwendig ist, weil § 65 Abs. 2 VwGO für sie keine Anwendung finden kann⁷⁹⁴⁾.

790) Vgl. Blomeyer, ZZP 75, S. 18 f.

791) RdA 59, S. 362 unter II c 2 bb

792) Vgl. auch Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 229 f.

793) Nipperdey u. Heussner, a.a.O., S. 230

794) Aber wohlgemerkt mit der Konsequenz, daß die Kassation von Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit auch ohne Beiladung der Außenseiter für diese wirksam ist!

4. Aus dieser Feststellung sind Schlußfolgerungen in zweierlei Richtungen möglich.

Man kann sich einerseits auf den Standpunkt stellen, daß § 65 Abs. 2 VwGO, wiewohl auf die Beteiligung mehrerer außer den eigentlichen Parteien abstellend, nicht für Verwaltungsakte paßt und nicht dafür gedacht ist, an denen eine Vielzahl von Personen beteiligt ist (Allgemeinverfügungen)⁷⁹⁵⁾.

Andererseits ist die Erkenntnis unabweisbar, daß die Qualifikation der AVE als Sammelverfügung und damit als Verwaltungsakt im Sinne der VwGO eine Minderung des Rechtsschutzes im Vergleich zu den Betroffenen anderer Verwaltungsakt-Typen zur Folge hat. Der unparteiische Betrachter sieht freilich, daß Gleiches für die gerichtliche Prinzipalkontrolle von Rechtsnormen zutrifft, soweit eine solche möglich ist. Denn nach herrschender Meinung gibt es im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (§ 47 VwGO) eine Beiladung nicht und nicht zuletzt wegen der Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der Vielzahl von Normunterworfenen^{796) 797)}.

795) Vgl. Peters-Sautter-Wolff, a.a.O.; Blomeyer, a.a.O.; ähnlich, aber nur für Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, Fromm, VerwA Bd. 56 (1965), S. 46

796) Eyermann-Fröhler, § 47 Rdnr. 35; § 65 Rdnr. 9; Redeker-v.Oertzen, § 47 Rdnr. 15; Koehler, § 65 VI 3; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 65 I 2 (S. 234); derselbe, Verwaltungsprozeßrecht, S. 70; Bergmann, VerwA Bd. 51 (1960), S. 58 f.; gegen eine generelle Unzulässigkeit der Beiladung allerdings Schunck-De Clerck, § 47, 3 a

797) Der Hinweis Herschels, RdA 59, S. 362 unter II 2 bb), auf das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle entbehrt deshalb nicht einer gewissen Berechtigung, wiewohl Herschel damit in einem Nebenpunkt Konzessionen an die von ihm bekämpfte Theorie über die Qualifizierung der AVE machen muß.

II. Die fakultative Beiladung

Bei dieser Form der Beiladung gibt es, soweit ersichtlich, keine besonderen Streitfragen für Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit. Es sind aber auch hier rechtliche wie tatsächliche Zweifelsfragen denkbar. Im folgenden soll versucht werden, diese herauszuarbeiten und - soweit möglich - zu beantworten.

Sie ergeben sich ganz natürlich im Anschluß an die Ausführungen und Ergebnisse unter I. Denn es blieb danach offen, ob nicht wenigstens eine Beiladung von Tarifaußenseitern auf besonderen Antrag gemäß § 65 Abs. 1 VwGO zulässig und möglich ist.

1. Voraussetzung für die (fakultative) Beiladung in einem anhängigen Verwaltungsrechtsstreit ist, daß rechtliche Interessen eines Dritten durch die zu erwartende Gerichtsentscheidung berührt werden, § 65 Abs. 1 VwGO. In diesem Fall ist es Sache richterlichen Ermessens, ob die Beiladung von Amts wegen oder auf Antrag angeordnet wird⁷⁹⁸⁾. Rechtliche Interessen im Sinne des § 65 Abs. 1 VwGO sollen gegeben sein, wenn der Beizuladende aufgrund privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Rechtsnormen Träger eines materiellen Rechtes ist oder wenigstens rechtlich anerkannte Interessen geltend machen kann⁷⁹⁹⁾. Sie können durch die Entscheidung berührt werden, wenn der Beizuladende zu einer oder zu beiden Parteien oder zu dem streitigen Rechtsverhältnis in einer solchen Beziehung steht, daß das Unterliegen der einen Partei seine Rechtslage verbessern, insbesondere einen ihm durch das Obsiegen der anderen Partei drohenden Nachteil abwenden würde⁸⁰⁰⁾. Hinzuzufügen wäre: so-

798) Eyermann-Fröhler, § 65 Rdnr. 10; Koehler, § 65 III 7; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, §§ 65/66 II 1 (S. 238); Wolff, StUB III, § 171 II b 2 (S. 377); Bettermann, DVBl. 51, S. 74

799) Ule, a.a.O., I 3 a (S. 236); Klinger, § 65, C 1; Wolff, StUB I, § 43 II d 2 (S. 240); StUB III, § 171 II b 2 (S. 377); OVG Münster, NJW 64, S. 1739; VGH Kassel, DVBl. 65, S. 540

800) Eyermann-Fröhler, a.a.O., Rdnr. 19; VGH Kassel, a.a.O.; Schunck-De Clerck, § 65, 2 f.; vgl. auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 66 III

fern die Entscheidung nicht notwendig, d. h. auch ohne Beiladung, seine Rechtsstellung betrifft; denn in diesem Falle käme die Beiladung nur nach § 65 Abs. 2 VwGO in Frage⁸⁰¹⁾. M e n g e r⁸⁰²⁾ wirft daher die Frage auf, ob die Unterscheidung zwischen fakultativer und notwendiger Beiladung bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklage sinnvoll sein kann; wenn ein Verwaltungsakt angefochten bzw. begehrt werde, dürfte die Entscheidung auch einem Dritten gegenüber, den der Erlaß bzw. das Unterlassen des Verwaltungsaktes in seinen rechtlich geschützten Interessen berühre, nur einheitlich ergehen können, da die Kassation bzw. die Verpflichtung zum Erlaß des Verwaltungsaktes dem Kläger und dem Dritten unmittelbar etwas zuspreche⁸⁰³⁾. Die von M e n g e r bloßgelegte Problematik mündet, auf einen praktischen Nenner gebracht, in der Frage, was denn neben dem Tatbestand des § 65 Abs. 2 VwGO noch für die fakultative Beiladung im allgemeinen übrigbleibt. Auf der Suche nach einer Antwort trifft man lediglich mehr oder minder negative Abgrenzungen gegenüber der notwendigen Beiladung: Ein Eingriff in die Rechtsstellung sei nicht erforderlich⁸⁰⁴⁾; der Beigeladene müsse durch die Entscheidung lediglich beschwert (beeinträchtigt) werden können⁸⁰⁵⁾. B e t t e r m a n n zufolge⁸⁰⁶⁾ kommt § 65 Abs. 1 VwGO nur in Betracht, sofern die Interessenberührung nicht darin besteht, daß die materielle Rechtskraftwirkung (Feststellungswirkung) oder die Vollstreckbarkeit oder (und) die Gestaltungswirkung den Beizuladenden erfaßt; es dürfe keine Beteiligung am streitigen Rechtsverhältnis gegeben sein⁸⁰⁷⁾.

801) Bettermann, DVBl. 51, S. 74; derselbe, JZ 62, S. 677

802) VerwA Bd. 55 (1964), S. 184 Fußn. 39

803) Menger, a.a.O.

804) Wolff, StUB III, § 171 II b 1 (S. 377); Koehler, § 65 IV 4; Klinger, § 65 C 2

805) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 65 I 3 b, c; Bettermann, DVBl. 51, S. 40; vgl. auch OVG Münster, NJW 64, S. 1739

806) JZ 62, S. 677

807) Bettermann, DVBl. 51, a.a.O.

2. Prüft man hieran anschließend ganz allgemein die Beiladungsvoraussetzungen für die Tarifaußenseiter, so ist klar, daß deren Beiladung nicht in Frage kommt, wenn und soweit man diese schon gemäß § 65 Abs. 2 VwGO bejaht, dem oben gefundenen Ergebnis also nicht zustimmt.

Folgt man ihm nicht, so kommt es allein darauf an, ob rechtliche Interessen der Außenseiter durch die Kassations- oder die Abweisungsentscheidung berührt werden können.

Für die Arbeitsvertragspartner des Klägers ergäbe sich das einschlägige rechtliche Interesse aus ihrer Rechtsbeziehung zum Kläger, welche im Falle der Kassation von Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit die automatische Veränderung auch ihrer Rechtsstellung bewirkt; es bedarf diese Feststellung hier keiner Erläuterung mehr.

Diesen Außenseitern stehen die anderen insoweit gleich, als ihre Rechtsstellung bei absoluter Kassation verändert wird; kommt eine absolute Kassation voraussichtlich in Frage, so ist auch deren Beiladung zu prüfen.

Hingegen erscheint zweifelhaft, ob ihre rechtlichen Interessen berührt würden, wenn das Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit des Ausspruches oder der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit festgestellt hat, sie aber nur relativ, d. h. nur im Verhältnis des Klägers zu beklagten Behörde aufhebt, oder wenn es die Klage abweist, weil die AVE (für alle Außenseiter) rechtmäßig ist.

Für eine Beiladung gemäß § 65 Abs. 1 VwGO scheint auf den ersten Blick zu sprechen, daß es sich für die nichtbeteiligten Außenseiter regelmäßig um gleichgelagerte Fälle handelt, sie daher ein Interesse daran haben werden, die Verbindlichkeit des Urteilsausspruches bzw. der zugrunde liegenden Feststellung auch auf sich erstreckt zu sehen (vgl. §§ 65 Abs. 1, 121 VwGO). Aber für den Fall der Kassation wäre ihnen mit der Beiladung nicht gedient: Die Kassation erfolgte relativ, und die Feststellung des Gerichtes, daß die AVE auch ihnen - weil allen - gegenüber rechts-

widrig sei, hätte auf ihre arbeitsrechtliche Lage keinen Einfluß - von der seltenen Nichtigkeitsfolge abgesehen. Dagegen kann im Falle der Klageabweisung wegen Rechtmäßigkeit der AVE für die gleichgelagerten Fälle ein erhebliches rechtliches Interesse der betreffenden Außenseiter daran bestehen, eine allgemeine Verbindlichkeit dieser Feststellung zu erreichen. Dem aber steht entgegen, daß nach allgemeiner Ansicht für § 65 Abs. 1 VwGO nicht ausreicht, daß die Entscheidung für Dritte wegen derer gleicher Rechtslage präjudiziell sein kann⁸⁰⁸⁾. Das könnte hier der Fall sein. Andererseits würde die Beiladung und damit die Erstreckung der Rechtskraftwirkung auch im Interesse der Rechtspflege sein, denn sie diene der Prozeßökonomie und zugleich der Forderung der Rechtssicherheit und könnte daher auch unabhängig vom Interesse der Beizuladenden geboten sein⁸⁰⁹⁾. Der Prozeßökonomie wäre gedient, weil eine Vielzahl möglicher Prozesse zwischen Tarifaußenseitern vermieden oder abgekürzt werden könnte, für die der Bestand und die Rechtmäßigkeit der AVE maßgebliche Haupt- oder Vorfrage ist. Zugleich bestünde für die Tarifaußenseiter Klarheit und Sicherheit über ihre arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten, denn sie könnten sich auf den Bestand der AVE verlassen. Dieser Gesichtspunkt scheint besonders stark eine Beiladung zu fordern.

Indessen sprechen auch öffentliche Interessen, nämlich ebenfalls solche der Rechtspflege, dagegen. Würden alle Außenseiter aus den vorstehenden Gründen gemäß § 65 Abs. 1 VwGO von Amts wegen beigeladen, so ergäbe sich die von der notwendigen Beiladung her bereits bekannte Möglichkeit einer Ausuferung des Prozesses⁸¹⁰⁾: Die Vielzahl von Beteiligten kann dazu führen, daß der einzelne sich gar nicht

808) OVG Münster, NJW 60, 1488 f.; Eyermann-Fröhler, § 65 Rdnr. 19; Wolff, a.a.O.; Klinger, C 1; Schunck-De Clerck, 2 f., beide zu § 65

809) Vgl. Bettermann, DVBl. 51, S. 73 f.; Klinger, a.a.O., B 2; Eyermann-Fröhler, § 65 Rdnr. 1

810) Vgl. oben S. 209 f. Diese Gefahr wird nicht ganz so aktuell sein, wenn die Beiladung nur auf entsprechenden Antrag hin erfolgt.

ausreichend und wirksam zu Gehör zu bringen vermag. Zudem wird der Fortgang und damit die Entscheidung des Rechtsstreites unabsehbar verzögert, soll den aktiv Beteiligten unter den Beigeladenen ausreichendes rechtliches Gehör gewährt werden können; das wiederum widerspräche den Interessen aller Beteiligten, wäre prozeßökonomisch unbefriedigend und aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit bedenklich. Selbst wenn man also bei der AVE entgegen der herrschenden Meinung wegen der möglichen Präjudizialität eine Interessenberührung der Tarifaußenseiter durch die Entscheidung bejaht, so halten sich doch die für und wider eine Beiladung sprechenden öffentlichen Interessen die Waage. Die Beiladung liegt im öffentlichen Interesse, weil sie der Prozeßökonomie und dem (endgültigen) Rechtsfrieden dient. Sie widerspricht dem öffentlichen Interesse, weil die mögliche Beteiligung einer großen Zahl von Personen die mit Erhebung der Anfechtungsklage naturgemäß bewirkte (vorläufige) Unsicherheit über Bestand und Inhalt der arbeitsrechtlichen Beziehungen für unabsehbare Zeit andauern läßt.

Man sieht auch hier wieder, daß die Beiladung der Außenseiter im Anfechtungsprozeß gegen eine AVE problematisch ist und fragwürdig bleibt, wie man sich auch entscheidet. Auch hier spricht somit das Fazit entweder gegen die Anwendbarkeit des § 65 VwGO auf Sammelverfügungen im allgemeinen und die AVE im besonderen oder gegen die Qualifikation der AVE als anfechtbarer Verwaltungsakt.

3. Bietet sich ein anderes Bild, wenn man die Konstruktion der Doppelnaturlehre zugrunde liegt? Dafür scheint der Wortlaut des Gesetzes zu streiten, insbesondere beim Vergleich mit § 65 Abs. 2 VwGO. Dort richtet sich die Notwendigkeit der Beiladung nach dem subjektiven Wirkungsbereich des Urteils, der seinerseits durch die Art der materiellrechtlichen Beziehungen der Betroffenen zum streitigen Rechtsverhältnis (Verwaltungsakt) bestimmt ist. Auf diese kommt es maßgeblich an. Die Doppelnaturlehre konnte daher

- wenn überhaupt - die notwendige Beiladung der Außenseiter nur mit der Begründung ablehnen, daß diese an der AVE als staatlicher Mitwirkungsakt bei autonomer Rechtssetzung rechtlich, d. h. im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO überhaupt nicht beteiligt sind und die Entscheidung über diesen Verwaltungsakt ihnen gegenüber nicht (einheitlich) ergehen kann⁸¹¹⁾; beteiligt sind sie allenfalls an der AVE als un- selbständiger Rechtssetzungsakt.

Für § 65 Abs. 1 VwGO kommt es hingegen lediglich auf die möglichen rechtlichen Auswirkungen der Entscheidung des Gerichtes an. Die Art der rechtlichen Beziehungen zum Verwaltungsakt sind gleichgültig, sofern sie nur derart sind, daß die Entscheidung über den Verwaltungsakt rechtliche Interessen zu berühren geeignet ist. Demnach hat es den Anschein, als spiele hier jedenfalls keinerlei Rolle, ob die AVE den Außenseitern gegenüber Verwaltungsakt ist oder nicht. Das Ergebnis würde dann nicht anders lauten - und auch nicht einfacher - als oben, wo die reine Verwaltungsakttheorie zugrunde gelegt war, im Gegenteil. Würde die AVE von einer Tarifvertragspartei angefochten, so werden regelmäßig durch die Entscheidung des Gerichtes die rechtlichen Interessen der betroffenen Außenseiter berührt; im Falle einer Kassation sogar mehr als das, weil ihre arbeitsrechtliche Lage gestaltet wird, im Falle der Klageabweisung wegen Rechtmäßigkeit der AVE, weil die Entscheidung präjudiziell ist - wenn man die Präjudizialität für § 65 Abs. 1 VwGO genügen läßt. Demnach käme hier die Beiladung auch derjenigen Außenseiter in Betracht, für die die Entscheidung einen (belastenden oder begünstigenden) Eingriff bedeutete, deren notwendige Beiladung aber infolge der Konstruktion nach der Doppelnaturlehre zu verneinen⁸¹²⁾ war. Um dieses Ergebnis auszuschließen, müßte die Doppelnaturlehre unter Verleugnung der Rechtswirklichkeit jegliches rechtliches Interesse der Tarifaussenseiter im

811) Vgl. oben S. 202

812) Oben S. 202 f.

Sinne des § 65 Abs. 1 VwGO an der Entscheidung über die AVE als Verwaltungsakt generell in Abrede stellen. Das aber würde nichts anderes besagen, als die Nichtanwendung des § 65 Abs. 1 VwGO - nur mit anderen Worten. Dazu bedarf es dann aber auch nicht der Konstruktion der Doppelnaturlehre, wie sich gezeigt hat.

§ 10: Die Wirkungsgrenzen verwaltungsgerichtlicher Feststellung, insbesondere über Nichtigkeit oder Wirksamkeit von Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit in subjektiver Beziehung

Im Rahmen dieses Paragraphen sollen weder Feststellungsklage noch Feststellungsurteil bei der AVE als Hauptgegenstand im Verwaltungsprozeß mit allen Unterarten und denkbaren Einzelheiten verfolgt werden. Es geht lediglich um ein Einzelproblem, das allerdings in Beziehungen zu dem Gegenstand der Untersuchung über den Wirkungsgrad der gerichtlichen Kassation in subjektiver Hinsicht steht⁸¹³⁾. Dieser kam, wie festgestellt⁸¹⁴⁾, absolute Wirkung - pro et contra omnes - zu. Hier ist zu der dort offengebliebenen Frage Stellung zu nehmen, wie es in subjektiver Beziehung mit der Wirkung des verwaltungsgerichtlichen Urteils steht, durch welches festgestellt wird, daß die AVE nichtig ist, oder durch das eine Klage abgewiesen wurde, weil (und soweit) die AVE rechtmäßig war und daher Bestand und Wirksamkeit hat.

I. Die Feststellung der Nichtigkeit

1. Problem

- a) Um mit dem ersterwähnten Fall zu beginnen, so bedarf es nur kurzer Einführung, um die Bedeutung und Problematik zu kennzeichnen.

Ergibt sich bei der Prüfung durch das Verwaltungsgericht,

813) Vgl. § 7, S. 173 ff.

814) Oben S. 176

daß die AVE für alle Betroffenen oder auch nur für einen Teil von ihnen nichtig ist, so stellt es durch Richterspruch zwar nur fest, was auch ohne diese Feststellung rechtens sein mag und worauf sich jedermann - also auch jeder nicht prozeßbeteiligte Außenseiter - ohnehin berufen könnte. Aber hierbei geht er ein Risiko ein, wenn und soweit es Zweifel an dieser Rechtslage gibt, wenn und soweit die Ansichten über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Hoheitsaktes auseinandergehen, zumal dann, wenn, wie bei der AVE, Bestand und/oder Inhalt von Rechtsbeziehungen auf ihm beruhen. Denn die Feststellung des Gerichtes bindet gemäß § 121 VwGO nur die Prozeßbeteiligten und ihre Rechtsnachfolger, also nicht auch Betroffene, die nicht am Prozeß beteiligt im Sinne des § 63 VwGO waren; das Urteil wirkt somit nur relativ. Eine - absolut bindende - Tatbestandswirkung kommt grundsätzlich dem Urteil, durch das lediglich etwas festgestellt und nichts gestaltet wird, nicht zu⁸¹⁵⁾. Bestreitet also ein anderer nicht-beteiligter Außenseiter die Nichtigkeit der AVE - sei es gegenüber der Arbeitsbehörde, sei es gegenüber dem Arbeitspartner -, und kommt es darüber zu einem neuen Rechtsstreit, so ist das nunmehr befaßte Gericht nicht daran gehindert, über die Frage der Nichtigkeit der AVE als Vor- oder Hauptfrage abweichend von dem früheren Erkenntnis des anderen und sogar desselben Gerichtes zu entscheiden, wenn es anderer Ansicht ist und andere Gründe hat. Je größer die Zahl derer ist, deren Rechtsstellung durch einen Verwaltungsakt berührt wird, desto größer ist auch die Chance, daß Meinungsverschiedenheiten über seinen Bestand zu Rechtsstreitigkeiten führen können, in denen es über dieselbe Rechtsfrage und noch nach Jahr und Tag zu unterschiedlichen Entscheidungen kommt. Das birgt für die Betroffenen eine erhebliche Rechtsunsicherheit und gefährdet den Rechtsfrieden. Gerade im Falle der AVE besteht infolgedessen ein starkes Bedürfnis, solche Konsequenzen zu verhindern.

815) Wegen möglicher Ausnahmen vgl. unter b), S. 220 f.

Wünschenswert ist sonach eine möglichst umfassende, mindestens im gleichen Umfang wie Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit in subjektiver Beziehung wirkende gerichtliche Feststellung.

b) Nun wird allerdings von E y e r m a n n - F r ö h l e r ⁸¹⁶⁾ sowie U l e ⁸¹⁷⁾ die Auffassung vertreten, auch dem Urteil, durch das die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes festgestellt wird, müsse eine Wirkung für und gegen alle beigemessen werden. Dieser Forderung liegt folgende Erwägung zugrunde.

Das auf Anfechtungsklage ergehende Kassationsurteil, durch das der fehlerhafte, wenn auch nicht nichtige Verwaltungsakt beseitigt wird, hat Tatbestandswirkung, wirkt also für und gegen jedermann. Ist der angefochtene Verwaltungsakt aber sogar nichtig, so hebt ihn zwar das Gericht formell auch auf; materiell wird aber nichts gestaltet, sondern lediglich festgestellt; die vergleichsweise stärkere Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes führt demnach hier zu einer Urteilsbindung lediglich inter partes. Die genannten Autoren halten es daher für geboten, diesem Urteil ebenso wie dem auf Nichtigkeitsfeststellungsklage ergehenden eine Wirkung pro et contra omnes wie beim Kassationsurteil zuzusprechen ⁸¹⁸⁾. Diese Argumentation wirkt logisch und überzeugend. Ist das Ergebnis richtig, so wäre auch das oben skizzierte Problem bei der AllVfg. im allgemeinen wie bei der AVE im besonderen gelöst, wie keiner Ausführung bedarf.

Indessen kommt hier eine gesonderte Untersuchung dieser für das Verwaltungsprozeßrecht schlechthin und nicht nur in bezug auf die AVE bedeutsamen These nicht in Frage; eine solche würde den durch die Thematik vorbezeichneten Rahmen ohne dringende Notwendigkeit sprengen. Hinzu kommt, daß die Lehren von U l e und E y e r m a n n - F r ö h l e r , soweit ersichtlich, in der Rechtspre-

816) § 43 Rdnr. 29

817) Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 121 IV (S. 411)

818) Eyermann-Fröhler; Ule; beide a.a.O.

chung bisher noch nicht aufgegriffen, geschweige denn gebilligt worden sind. Es ist daher angezeigt, sich nicht ohne weiteres auf ihre Richtigkeit und Endgültigkeit zu verlassen, sondern der Frage nachzugehen, welche Wege im übrigen zur Verfügung stehen, um die besonders für die AVE aufgezeigte Problematik zu bewältigen.

Als nächstliegendes Mittel kommt eine Erweiterung der Rechtskraftwirkung auf alle Tarifaußenseiter im Wege der Beiladung in Betracht (§§ 65, 63, 121 VwGO). Aber ob ein Fall der notwendigen Beiladung (§ 65 Abs. 2 VwGO) gegeben wäre, ist durchaus zweifelhaft - nicht zuletzt aus den oben⁸¹⁹⁾ dargelegten Gründen, die in diesem Zusammenhang gleichermaßen Geltung hätten. Auch eine Beiladung von Amts wegen nach § 65 Abs. 1 VwGO würde jedenfalls an der praktischen Unmöglichkeit scheitern, alle Außenseiter rechtzeitig und lückenlos zu ermitteln, abgesehen davon, daß die künftigen Außenseiter⁸²⁰⁾ gar nicht feststellbar sein können.

Eine lückenlose Bindung ist nur gewährleistet, wenn der richterlichen Feststellung über Wirksamkeit oder Nichtigkeit der AVE Allgemeinverbindlichkeit zukommt. Die VwGO sieht eine derartige Möglichkeit für gerichtliche Entscheidungen über Verwaltungsakte nicht ausdrücklich vor - anders als bei bestimmten Rechtsnormen, wenn auch insoweit begrenzt und unvollständig (§ 47 VwGO) und obwohl jedenfalls bei der AllVfg. ein entsprechendes Bedürfnis besteht. Sie schließt daher entweder eine derartige Möglichkeit aus oder ist insoweit lückenhaft. Vergewärtigt man sich die schon mehrfach im Rahmen dieser Untersuchung gemachte Erfahrung, daß die VwGO bestimmten wesentlichen Eigenheiten der AllVfg., insbesondere dem Umstand der Vielzahl von Betroffenen nicht ausreichend Rechnung trägt, so spricht alles für die Wahrscheinlichkeit einer Lücke. Es fragt sich, wie diese ausgefüllt werden könnte.

819) Vgl. S. 209 ff.

820) Vgl. zu diesem Begriff oben S. 34 ff.

2. Lösungsmöglichkeiten

In Betracht kommt die analoge Anwendung von Regelungen in anderen Rechtsvorschriften oder Gesetzen, soweit diese nach Grund, Ausgestaltung und Zweck gleichen Bedürfnissen entsprechen sollen.

Für eine rechtsähnliche Anwendung bieten sich zunächst diejenigen gesetzlichen Bestimmungen an, durch die in gewissen Fällen eine Erweiterung der materiellen Rechtskraftwirkung in subjektiver Beziehung über das Verhältnis von Kläger und Beklagten hinaus begründet wird. Bei der AVB ist hier in erster Linie an § 8 TVG⁸²¹⁾, aber auch an § 121 VwGO⁸²²⁾ zu denken. Sodann und zugleich für die AllVfg. schlechthin kommt die gesetzliche Regelung über die Verbindlichkeit der gerichtlichen Feststellung von Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Rechtsnorm im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle in Betracht, wegen der gesetzessystematischen Nähe also in erster Linie § 47 VwGO⁸²³⁾.

a) § 8 TVG wurde bereits in einem anderen Zusammenhang erwähnt⁸²⁴⁾. Hier nun interessiert die in dieser Bestimmung statuierte subjektive Erweiterung der Bindungswirkung von Urteilen, die in Rechtsstreitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien aus dem Tarifvertrag oder über das Bestehen oder Nichtbestehen des Tarifvertrages ergangen sind, über den Kreis der Prozessbeteiligten hinaus. Ist in einem derartigen Prozeß vor dem Arbeitsgericht (§ 2 Nr. 1 ArbGG) das Bestehen eines Tarifvertrages rechtskräftig festgestellt, so muß diese Feststellung in allen etwaigen zwischen tarifgebundenen geführten späteren Rechtsstreitigkeiten, für deren Entscheidung es auf den Bestand des

821) Vgl. Herschel, RdA 59, S. 302 unter II d 3; Gumpert, BB 59, S. 274 unter VI a; Nipperdey u. Heussner, Rechtsnatur usw., S. 227; BVerwGE 7, 82 (86 f.)

822) Übereinstimmend hinsichtlich der Einbeziehung der Rechtsnachfolger der Beteiligten mit § 125 I ZPO

823) Vgl. Gumpert, a.a.O., S. 275 unter VII c; Nipperdey u. Heussner, a.a.O.

824) Vgl. oben S. 17

Tarifvertrages ankommt, zugrunde gelegt werden, ist sie bindend. Zweck dieser Regelung ist es, die angesichts der regelmäßig großen Anzahl von tarifgebundenen Personen bestehende Gefahr widersprechender Entscheidungen zu verhindern, die einheitliche Auslegung und Anwendung des Tarifvertrages zu sichern und unnötige Prozesse zu vermeiden⁸²⁵⁾. Es geht mit anderen Worten um den Effekt einer tarifvertraglichen Regelung und zugleich um die Gewährleistung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit für die Tarifgebundenen. Ganz dieselben Erwägungen haben für Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen Gültigkeit⁸²⁶⁾. Nun erstreckt sich die bindende Wirkung von rechtskräftigen Entscheidungen gemäß § 8 TVG auch auf die Tarifaußenseiter⁸²⁷⁾. Aber in bezug auf diese, deren Tarifgebundenheit allein auf der AVE des Tarifvertrages beruht, ist der Nutzeffekt des § 8 TVG, verglichen mit den anderen Tarifgebundenen und verglichen mit seiner Zielsetzung, beschränkt, enthält § 8 TVG also insofern eine unvollkommene sachliche Regelung, solange nicht eine entsprechende Bindungswirkung auch für die gerichtlichen Entscheidungen über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der AVE statuiert ist.

Denn ist der Sache wirklich damit gedient, daß wohl Bestand und Inhalt der allgemeinverbindlichen Tarifnormen mit allgemeiner Verbindlichkeit festgestellt werden können, nicht aber, ob diese Tarifnormen allgemeinverbindlich gelten? Insoweit die Verbindlichkeit der Entscheidung gemäß § 8 TVG (auch) den Interessen der Tarifnormunterworfenen zu dienen bestimmt ist, besteht hiernach eine Ungleichheit bei der gesetzlichen Berücksichtigung, wiewohl der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung deren Schutzwürdigkeit (auch) anerkannt haben dürfte.

825) BAGE 10, 88(96) = NJW 61, S. 573; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 8 Rdnr. 7; Hueck-Nipperdey, Lehrb. I, S. 922 FuBn. 38 (S. 924); nicht einschlägig, aber interessant wegen gleicher Erwägungen BAGE 16, 329(334)

826) Vgl. Gumpert, BB 59, S. 274 unter VI

827) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, Lehrb. I, S. 924 (FuBn. 38)

Der Gedanke einer Vernachlässigung der berechtigten Belange der Tarifaußenseiter tritt noch deutlicher hervor, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Außenseiter andererseits den Tarifnormen nicht freiwillig, sondern ohne oder gar gegen ihren Willen und aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohles unterworfen werden. Sind diese Erwägungen für sich allein auch nicht geeignet, das Fehlen einer entsprechenden positiv-rechtlichen Regelung zu ersetzen, so bestärken sie doch in der Forderung und Rechtfertigung einer Analogie zu § 8 TVG.

Hinzu tritt eine weitere Überlegung. Wie erwähnt, beinhaltet § 8 TVG eine Rechtskrafterstreckung in subjektiver Beziehung. Welche speziellen, d. h. auf die besonderen Gegebenheiten und Bedürfnisse des Tarifvertragsrechtes zurückzuführenden Überlegungen dem auch zugrunde gelegen haben mögen⁸²⁸⁾, so gelten insoweit doch jedenfalls (auch) die

gleichen Erwägungen, die bei anderen gesetzlich normierten Erweiterungen der Bindungswirkung anzutreffen sind; sie dienen (auch) der Forderung nach möglichst weitgehender Garantie von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit⁸²⁹⁾.

Das Prinzip der Rechtssicherheit hat als Element des Rechtsstaatsbegriffes Verfassungsrang⁸³⁰⁾; es ist ein allgemeines Rechtsprinzip, das sich in verschiedenster Weise auswirkt; so etwa im Falle der Befristung von Rechtsmitteln, bei der Regelung der Rückwirkung von Entscheidungen nach § 79 BVerfGG⁸³¹⁾ und nicht zuletzt bei der Erweiterung der Bindungswirkung von Gerichtsurteilen in subjektiver Hinsicht. Infolgedessen ist die hier in Erwägung gezogene Analogie nicht nur methodisch zulässig⁸³²⁾, sie dient auch einem Grundprinzip des Verfahrensrechtes.

828) Vgl. darüber Hueck-Nipperdey, Lehrb. I. a.a.O.; Hueck-Nipperdey-Stahlhake, § 8 Rdnr. 1 m. Nachw.

829) Vgl. Rosenberg, S. 735, 758 f.; Stein-Jonas, § 325 I 1

830) Vgl. BVerfGE 2, 38 (403); 7, 194 (196); B 11, 263/265; 12, 150 (166)

831) Vgl. BVerfGE 11, 263 (265)

832) Vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, § 58, 4 a II (S. 339 ff.)

b) Aber auch die Allgemeinverbindlichkeit der gerichtlichen Entscheidung im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ist nach Grund und Zweck der analogen Anwendung auf den vorliegenden Fall zugänglich.

aa) Die Entscheidung über die Gültigkeit einer Rechtsnorm im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle muß - auch ohne diesbezüglichen positiv-rechtlichen Ausspruch - allgemeinverbindlich sein, weil die Rechtsnorm ihrem Wesen nach selbst allgemeinverbindlich ist. Die gerichtliche Entscheidung über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer abstrakt-generellen Regelung ist aus der Natur der Sache heraus ebenfalls abstrakt und generell⁸³³⁾. Die durch Rechtsnorm getroffene Regelung soll regelmäßig eine unbestimmte Vielzahl von Fällen oder Rechtssubjekten betreffen. Im Unterschied dazu bezieht sich die durch AllVfg. getroffene Regelung auf einen konkreten, d.h. individuell bestimmten gegebenen Sachverhalt, an dem allerdings - wegen seiner Gestaltung - eine Vielzahl von Rechtssubjekten notwendig beteiligt ist⁸³⁴⁾. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist die Übereinstimmung zwischen dem Normaltyp der Rechtsnorm und der AllVfg. hinsichtlich der Vielzahl von möglichen bzw. tatsächlich vorhandenen Regelungsunterworfenen. Wegen der unbestimmten Zahl möglicher Normadressaten muß die normative Regelung allgemeinverbindlich sein, um effektiv zu werden. Im Fall der AllVfg. erheischt der Zweck die Verbindlichkeit der Regelung für alle, die an dem geregelten Sachverhalt beteiligt sind, verlangt also ebenfalls eine Allgemeinverbindlichkeit, wenn auch die Quantität "Allgemeinheit" hier wegen der individuell bestimmten Einmaligkeit des konkreten Sachverhaltes im Gegensatz zur Abstraktheit des Sachverhaltes bei der Norm umgrenzter und kleiner ist als dort. Das leuchtet vor allem ein für die oben sogenannte AllVfg im engeren Sinne⁸³⁵⁾, gilt aber auch für die Sammelverfügung

833) Bettermann, ZZP 72, S. 35 f.; derselbe, AÖR 86, 160 f.; Koehler, § 47 I 1, 3; Eyermann-Fröhler, § 47 Rdnr. 38

834) Vgl. dazu oben S. 151 ff.

835) Vgl. dazu oben S. 155

und für die AVE, die zwischen beiden Formen der AllVfg steht⁸³⁶⁾.

Man kann daher die Frage stellen, ob nicht auch dem gerichtlichen Ausspruch der Feststellung der Nichtigkeit - oder, im Falle der Klageabweisung, der Wirksamkeit - eine Verbindlichkeit mit derselben Reichweite in subjektiver Beziehung zukommt wie der AllVfg selbst. Diese Frage kann hier jedoch nicht abschließend behandelt und beantwortet werden; allein die vorstehend wiedergegebenen Überlegungen sprechen dafür, daß sie zu bejahen ist.

bb) Selbst wenn man dem aber nicht zu folgen vermag, so spricht ein anderer Gesichtspunkt dennoch für eine Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidung.

Die Allgemeinverbindlichkeit im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle dient nämlich - jedenfalls auch - dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit⁸³⁷⁾, weil sie die bei der unbestimmten Zahl von Normunterworfenen naturgemäße bestehende Möglichkeit einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten mit abweichenden Entscheidungen schlechthin und insbesondere untereinander abweichenden Inzidententscheidungen verhindert.

Es handelt sich hier also insoweit um den gleichen Gedanken, der (auch) der Regelung des § 8 TVG und anderen gesetzlich vorgesehenen subjektiven Erweiterungen der Rechtskraftwirkung zugrunde liegt. Mit dieser Erkenntnis ist gewissermaßen der Kreis der Argumente geschlossen. Sowohl die Ausdehnung der Bindungswirkung des rechtskräftigen Urteils wie auch die Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidung in der abstrakten Normenkontrolle dienen - jedenfalls auch - Bedürfnissen und Forderungen, wie sie für den verwaltungsgerichtlichen Ausspruch über Nichtigkeit oder Wirksamkeit der AllVfg im allgemeinen und bei der AVE im besonderen bestehen. Selbst wenn man also eine Allgemeinverbindlichkeit nicht schon aus der Natur der Sache ableiten will,

836) Vgl. oben S. 158

837) Eyermann-Fröhler, § 47 Rdnr. 2, 38; Koehler, a.a.O.

so muß man sie doch analog zu verwandten Erscheinungsformen und Regelungen - hier also in erster Linie zu § 8 TVG und § 47 VwGO - bejahen⁸³⁸⁾. Dem steht nicht entgegen, daß die Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf die Prozeßbeteiligten der Regelfall und die subjektive Erweiterung die Ausnahme ist. Denn auch im Prozeßrecht, das vom Gedanken der Zweckmäßigkeit getragen wird, ist die Analogie zu Ausnahmebestimmungen nicht verboten⁸³⁹⁾. Ihr steht ferner nicht entgegen, was oben⁸⁴⁰⁾ bei der Frage der sachlichen Zuständigkeit für die AVE als Hauptgegenstand richterlicher Prüfung festgestellt wurde, daß nämlich in jener Beziehung eine Analogie auf § 8 TVG nicht in Betracht kommt. Aus alldem folgt: Werden Ausspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages als Hauptgegenstand verwaltungsgerichtlicher Prüfung⁸⁴¹⁾ rechtskräftig für nichtig erklärt, oder wird eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit rechtskräftig abgewiesen, weil die Gültigkeit festgestellt wurde⁸⁴²⁾, so sind diese Feststellungen für alle Gerichte verbindlich, d. h. praktisch allgemeinverbindlich. Aus Gründen der Klarheit ist diese Allgemeinverbindlichkeit zweckmäßigerweise zugleich im Urteil auszusprechen.

838) § 47 ist hier als der - gesetzssystematisch - nächste Tatbestand und zugleich stellvertretend für entsprechende Bestimmungen in anderen Gesetzen genannt. Vgl. dazu Bettermann, ZZP 72, S. 36 Fußn. 3. Allerdings ist § 47 VwGO insoweit unvollständig und seinerseits ergänzungsbedürftig, als er die Allgemeinverbindlichkeit auf die Nichtigkeitsfeststellungsentscheidungen beschränkt. Vgl. Bettermann, AöR 86, S. 161; Bachof, AöR 86, S. 192; Bergmann, VerwA Bd. 51, S. 60 f.

839) Vgl. Rosenberg, S. 27

840) S. 18

841) Zum Begriff des Hauptgegenstandes vgl. oben S. 14

842) Gültigkeit bedeutet beim Verwaltungsakt nicht notwendig Rechtmäßigkeit, denn nicht jeder Rechtsfehler führt zur Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes - anders als bei der Rechtsnorm. Es kann also sehr wohl sein, daß die auf Feststellung der Nichtigkeit gerichtete Klage (§ 43 VwGO) abgewiesen wird, obwohl der Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Allerdings wird der Kläger hier regelmäßig zur Anfechtungsklage übergehen, sofern die Klagefrist noch läuft.

II. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit

Eine Klage auf Feststellung, daß ein Verwaltungsakt rechtswidrig oder rechtmäßig ist - vergleichbar der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit - wird allgemein nicht für zulässig gehalten⁸⁴³⁾. Kann es infolgedessen regelmäßig nicht zu einem Urteilspruch des Inhaltes kommen, daß Auspruch oder Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit rechtswidrig bzw. rechtmäßig sind⁸⁴⁴⁾, so führt doch die Feststellung des Gerichtes, daß der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist, zur Kassation (§ 113 Abs. 1 VwGO), die Feststellung der Rechtmäßigkeit zur Abweisung der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage. Diese Feststellungen werden allerdings lediglich in den Urteilsgründen zum Ausdruck gebracht. Aber nach Überwiegender Ansicht umfaßt die Bindungswirkung des Urteiles auch diese Feststellungen, weil sie zum Streitgegenstand gehören (§ 121 VwGO), so daß auch hieran die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger gebunden sind⁸⁴⁵⁾.

Die nach den Erörterungen zu I naheliegende Frage ist, ob auch hier im Falle der AVE als Verwaltungsakt wegen der Besonderheit, der Gestaltung und Wirkung ein Bedürfnis oder gar eine Notwendigkeit zur Ausdehnung der Bindungswirkung über den von § 121 VwGO erfaßten Kreis hinaus vorliegt.

1. Erweist sich die angefochtene AVE als rechtswidrig, aber nicht nichtig, so wird sie, wenn eine Rechtsverletzung des Klägers vorliegt, ganz oder teilweise, relativ oder absolut aufgehoben; diese Rechtsgestaltung wirkt, wie fest-

843) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 43 I 2 d; Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr. 15; Redeker-v.Oertzen, § 43 Rdnr. 13

844) Wohl aber, daß sie rechtswidrig gewesen sind; vgl. § 113 I 4 VwGO

845) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 121 Rdnr. 10 d; Schunck-De Clerck, § 121, 3 c aa; Ule, a.a.O., § 121 I 2 a (S.406 ff.); Koehler, § 121 IV 2 (alle mit Nachw. über den Stand der Meinungen); vgl. ferner BGHZ 9, 129 (132); 9, 329 (331); 10, 220 (225 ff.); 15, 17 (19); 20, 379 (382 f.); weitere Beispiele aus der Rechtsprechung des BGH bei Geiger, Festschrift Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. I, S. 183 nach dessen Ansicht die Bindung an diese Feststellungen nicht Ausfluß der materiellen Rechtskraft ist. Abweichend vor allem Bettermann, DVBl. 53, S. 163 f., 202 ff.

gestellt, inter omnes. Freilich gilt das nicht für die zugrunde liegende Feststellung der Rechtswidrigkeit. Aber ein besonderes Bedürfnis der Betroffenen oder der Allgemeinheit, dieser Feststellung neben der Kassation allgemeine Bindungswirkung zuzusprechen, ist weder für die AVE noch für die AllVfg schlechthin ersichtlich⁸⁴⁶⁾.

b) Wird die Anfechtungsklage abgewiesen, weil die AVE einheitlich (d. h. absolut) rechtmäßig ist, so besteht deswegen keine Notwendigkeit, dieser Feststellung eine Verbindlichkeit für alle, insbesondere für alle betroffenen Außenseiter, zu geben, weil angesichts der kurzen Klagefrist des § 74 VwGO nicht damit zu rechnen ist, daß nach Rechtskraft des Urteiles und noch vor Ablauf dieser Frist von einem anderen Außenseiter eine Anfechtungsklage erhoben wird, die im Widerspruch zur ersten Entscheidung die Rechtswidrigkeit feststellt und die AVE aufhebt. Der Gedanke der Vermeidung widersprechender Entscheidungen über dieselbe Rechtsfrage hat hier keine Aktualität. Im übrigen wird regelmäßig ein Interesse der betroffenen Außenseiter wie auch ein öffentliches Interesse nur daran bestehen, verbindlich festgestellt zu wissen, ob die AVE als Grund der Tarifgebundenheit gültig ist oder nicht, ob sie Bestand hat oder nicht; ob sie rechtswidrig oder rechtmäßig ist, wird - nach Ablauf der Klagefrist - zwar auch als Vorfrage von Interesse sein und streitig werden können, doch schwerlich in einem derartigen Umfang, daß generell eine Allgemeinverbindlichkeit die Entscheidung gerechtfertigt wäre.

846) Das gilt auch für die Feststellung gemäß § 113 I 4 VwGO

§ 11: Die zeitliche Wirkung des Kassationsurteils, insbesondere das Problem der Rückwirkung

I. Problemstellung

Die Frage der Rückwirkung wurde bereits früher beiläufig angeschnitten, mußte dort aber zunächst offenbleiben⁸⁴⁷⁾. Sie ist nunmehr genauer zu untersuchen. Hierfür bedarf es vorab einer kurzen Darlegung der Notwendigkeit dieser Untersuchung, d.h. der sachlichen Problematik. Diese ergibt sich aus folgenden Überlegungen.

1. a) Die Frage nach der zeitlichen Wirkung des Kassationsurteils im allgemeinen wie im besonderen kann überhaupt nur entstehen, wenn der betreffende Verwaltungsakt nach Inhalt und Erscheinungsform verschiedene Möglichkeiten zuläßt. Als solche kommen in Betracht die Aufhebung *ex tunc*⁸⁴⁸⁾ und *ex nunc*⁸⁴⁹⁾. Voraussetzung für die letztgenannte Möglichkeit ist, daß der Verwaltungsakt sich nicht im Hervorbringen einer einmaligen Rechtswirkung verbraucht, die ihrerseits keinen zeitlichen Bestand hat. Das Problem der zeitlichen Wirkung der Kassation kann immer nur akut werden, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung noch ein wirksames rechtliches Etwas vorhanden ist, das aufgehoben werden kann, mit anderen Worten: wenn der angefochtene Verwaltungsakt über längere Zeit hinweg rechtlichen Bestand hat derart, daß die mit ihm verlaubliche Rechtsfolge in Permanenz oder immer neu gezeitigt wird⁸⁵⁰⁾. Das ist bei den

847) Vgl. oben § 7, S. 144, Fußnote 550; S. 145, Fußnote 554; vgl. ferner die Ausführungen über die zeitliche Wirkung des Suspensiveffektes, S. 182 ff, Fußnoten 685, 693, 697

848) Rückwirkung der Kassation auf den Zeitpunkt des Erlasses oder Inkrafttretens - falls beides auseinanderfällt - oder der Rechtswidrigkeit, sofern diese erst nach jenem Zeitpunkt eintritt.

849) Kassation vom Zeitpunkt der Entscheidung an für die Zukunft, unter Ausschluß jeglicher Rückwirkung.

850) Vgl. OVG Lüneburg E 13, 444 (449); BSG E 7, 129 = NJW 1958, S. 1700

sogenannten Dauerverfügungen, bei den Verwaltungsakten mit "Dauerwirkung" der Fall⁸⁵¹⁾. Es muß also eine zeitliche Teilbarkeit möglich sein⁸⁵²⁾.

Im arbeitsrechtlichen Schrifttum wird übereinstimmend die Ansicht vertreten, daß die Aufhebung der AVE als Verwaltungsakt durch Urteil nur ex nunc, nicht ex tunc wirke⁸⁵³⁾. Es wird demnach offenbar ohne weiteres eine zeitliche Teilbarkeit bei der AVE unterstellt.

Indessen ist dies durchaus nicht über jeden Zweifel erhaben. Denn das Mittel, um die Geltung der Tarifnormen, d.h. die Tarifgebundenheit fortan für die Außenseiter hervorzu- bringen, ist der einmalige Ausspruch der Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages. Jedoch schafft die AVE tarifgemäße Rechte und Pflichten für die Außenseiter jetzt und in Zukunft nicht aus sich selbst heraus, sondern durch das "Medium" des Tarifvertrages. Auch die "späteren" Tarifaußenseiter⁸⁵⁴⁾ können den Tarifnormen nur unterworfen sein, wenn und solange der Tarifvertrag besteht; entfällt seine Wirksamkeit, so entfällt auch diese Unterwerfung kraft AVE - trotz AVE! - (vgl. § 5 V 3 TVG).

Demnach könnte es so scheinen, als sei sogar lediglich der Tarifvertrag und seine Dauer Grundlage und Quelle auch zukünftiger Rechtsfolgen für die Außenseiter. Aber daß auch dies eine irrtümliche Ansicht sein muß, ergibt sich sogleich, wenn man bedenkt, daß die unabdingbare Geltung der tarifvertraglichen Bedingungen ihrerseits für die Außenseiter

851) Vgl. außer den in Fußnote 850 angeführten Quellen auch Bachof, JZ 1954, S. 419

852) Die Verwendung des Wortes "soweit" in § 113 I 1 VwGO läßt eine auch zeitliche Teilkassations des Verwaltungsaktes gesetzlich möglich erscheinen; vgl. BVerwG E 10, 308 (309f) = NJW 1960, S. 1487; Schunck-De Clerck, § 113, Erl. 2 a bb)

853) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5, Rdnr. 59; Hueck-Nipperdey, Lb.II, S. 505; dieselben, Grundriß, S. 253; Nikisch, II, S. 517; Maus, TVG, § 5, Rdnr. 99; Gumpert, BB 1954, S. 263 unter 4 b; derselbe, BB 1959, S. 275 unter c; Herschel, Festschrift Bogs, S. 126; derselbe, RdA 1959, S. 364 f.; Tophoven, Anm. zu AP Nr. 6 zu § 5 TVG

854) Zu diesem Begriff vgl. oben S. 34

endet, wenn und soweit die Allgemeinverbindlichkeit aufgehoben wird. Tarifvertrag und AVE gehören zur Hervorbringung und Aufrechterhaltung der beabsichtigten Rechtsfolgen notwendig zusammen. Aber so wenig die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter nach Beendigung des Tarifvertrages noch - jedenfalls unabdingbar⁸⁵⁵⁾ - von dessen Normen ergriffen werden können, ebensowenig ist dies der Fall, wenn die Allgemeinverbindlichkeit aufgehoben wird. Solange sie jedoch besteht und der Tarifvertrag gilt, beruht diese Geltung nicht auf dem Tarifvertrag allein, sondern auch auf dem Fortbestand der Allgemeinverbindlichkeit. Die AVE erschöpft sich demnach nicht im einmaligen Ausspruch, sondern zeitigt darüberhinaus die dauernde Rechtsfolge der Tarifgebundenheit für die Außenseiter in Permanenz. So ist die AVE - wenn Verwaltungsakt - als Dauerverfügung anzusehen⁸⁵⁶⁾. Eine zeitliche Teilbarkeit, d.h. eine Aufhebung der AVE ex nunc ist daher rechtslogisch denkbar.

b) Die zeitliche Wirkung des Kassationsurteils kann darüberhinaus nur problematisch werden, wenn dieses regelmäßig zurückwirkt, sei es auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens, sei es auf den Zeitpunkt der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes⁸⁵⁷⁾.

Die Verfahrensgesetze der allgemeinen und der besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit lassen sich über diesen Punkt nicht besonders aus. Sie sprechen lediglich von der "Aufhebung" des angefochtenen Verwaltungsaktes durch das Gericht, wenn und soweit er rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist⁸⁵⁸⁾.

855) Diese Einschränkung ist erforderlich im Hinblick auf die Lehre von der Nachwirkung auch der allgemeinverbindlichen Tarifnormen für die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter; vgl. dazu oben S. 41 und Fußnote 140 sowie S. 143 f.

856) Insofern vergleichbar z.B. dem Zwangsmietvertrag (Mietverfügung); vgl. Bachof, JZ 1954, S. 419; BSG E 7, 129 = NJW 1958, S. 1700 (1702)

857) Falls der Verwaltungsakt erst später rechtswidrig geworden ist.

858) Vgl. § 113 I 1 VwGO; § 100 FGO; § 131 SGG

Die Frage muß also sein, was Aufhebung in diesem Zusammenhang bedeutet, insbesondere ob ihr Rückwirkung wesentlich ist oder nicht.

Grund der verwaltungsgerichtlichen Kassation ist die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes⁸⁵⁹⁾, ihr Zweck die Beseitigung seiner Rechtswirksamkeit⁸⁶⁰⁾, soweit er rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Infolgedessen wirkt die Kassation regelmäßig zurück⁸⁶¹⁾.

Auch die Verwaltungsgerichtsordnung geht von diesem Grundsatz aus, wie sich aus § 113 Abs. 1 Sätze 2 und 4 ergibt⁸⁶²⁾. So hat die Regelung der Folgenbeseitigung gemäß Satz 2aaO. nur Sinn, wenn von einer Rückwirkung der Beseitigung der Rechtswirksamkeit des Verwaltungsaktes ausgegangen wird. Kommt eine Beseitigung wegen zwischenzeitlicher "Erledigung" des Verwaltungsaktes nicht in Frage, so kann wenigstens für die (frühere) Zeit der Rechtswirksamkeit die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes begehrt und ausgesprochen werden, gewissermaßen als ebenfalls zurückbezogene Feststellung, vgl. § 113 I 4 VwGO.

2. Für die Kassation der AVE soll nun anderes gelten.

Auch die ab initio rechtswidrige AVE soll nur mit Wirkung ex nunc kassiert werden können. Die zur Begründung hierfür vorgetragenen Argumente lassen sich in zwei Thesen zusammenfassen.

Der durch AVE eines Tarifvertrages betroffene Personenkreis sei wegen der Vielzahl der gestalteten Rechtsbeziehungen so groß, daß eine Rückgewähr der erbrachten

859) Bettermann, NJW 1958, S. 84 f.; vgl. auch Eyermann-Fröhler, § 113, Rdnr. 16; Siegmund-Schulze, DVBl 1963, S. 746 unter 2.

860) Siegmund-Schulze, a.a.O.

861) BVerwG E 2, 55 (57); Menger, System, S. 167; derselbe, Grundrechte III/2, S. 759; Forsthoff, S. 501; Warncke, Lehmann-Festschrift, II, S. 891; Bettermann, RdA 1959, S. 246 unter I und Fußnote 3 daselbst; Wolff, StuB III, § 173, I e 3 (S. 410); Siegmund-Schulze, a.a.O.

862) Vgl. auch § 100 FGO

tarifgemäßen Leistungen unmöglich wäre⁸⁶³⁾. Außerdem müsse das Interesse der Betroffenen daran, daß die Rechtsgrundlage für einmal erbrachte oder empfangene Leistungen nicht rückwirkend wieder entfällt, dem Interesse der durch rechtswidrige AVE in ihren Rechten Verletzten vorgehen⁸⁶⁴⁾. H e r s c h e l⁸⁶⁵⁾ stellt diesen letzteren Gedanken in einen größeren Zusammenhang, um ihn von dort aus zu untermauern. Insofern ähnlich wie B e t t e r m a n n⁸⁶⁶⁾, zieht er Parallelen zur bürgerlichrechtlichen Anfechtung. Aber während B e t t e r m a n n die Regelung des § 142 I BGB⁸⁶⁷⁾ als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes verstehen und infolgedessen auch das Kassationsurteil immer ex tunc wirken lassen will, wie und weil dies im Wesen der Anfechtung begründet liege⁸⁶⁸⁾, lehnt H e r s c h e l diese Argumentation als Prämisse ab: Gerade im Arbeitsrecht sei für die Anfechtung von Arbeitsverhältnissen der Ausschluß jeglicher Rückwirkung anerkannt⁸⁶⁹⁾. Auch der Tarifvertrag gehöre zu derjenigen Art von Rechtsverhältnissen, deren Natur eine rückwirkende Auflösung nicht gestatte⁸⁷⁰⁾; die dem Tarifvertrag eigene Besonderheit, auf die Rechtsverhältnisse der tarifunterworfenen Personen zu wirken, fordere stärkste Stabilität. Eine - rückwirkende - Anfechtung würde in einer die Rechtssicherheit und das Vertrauen auf fest bestehende Arbeitsverhältnisse gefährdenden Weise in die Rechtsverhältnisse

863) Gumpert, BB 1954, S. 263 unter III 4 b; derselbe, BB 1959, S. 275 unter VI c; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 5, Rdnr. 59

864) Gumpert, a.a.O.; Herschel, RdA 1959, S. 364 f. unter II e

865) Herschel, a.a.O.; vgl. auch Festschrift Bogs, S. 126
866) RdA 1959, S. 246, Fußnote 3

867) "Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen."

868) Bettermann, NJW 1958, S. 84

869) RdA 1959, S. 364

870) Herschel, a.a.O.

Dritter eingreifen⁸⁷¹⁾. Daher komme nur eine Beseitigung für die Zukunft in Frage. Gleiches habe für die AVE - wiewohl Verwaltungsakt, also Hoheitsakt - im Falle der Kassation zu gelten⁸⁷²⁾.

II. Lösungsversuche

1. Die im arbeitsrechtlichen Schrifttum geltendgemachten Folgen der Rückwirkung der Anfechtung im allgemeinen und derjenigen des Kassationsurteils im besonderen bei der AVE sind allerdings dazu angetan, sich nach einem allseits befriedigenden Ausweg umzusehen.

a) Indessen fragt sich schon im Falle der Anfechtung eines Tarifvertrages, ob die Rückwirkung gemäß § 142 BGB wirklich zu den Problemen führen muß, die es zu vermeiden gelten soll, ob also tatsächlich der rückwirkende Wegfall der Rechtsgrundlage (Tarifvertrag) die Verpflichtung zur Rückgewähr erbrachter bzw. empfangener Leistungen bei der Vielzahl der Tarifunterworfenen zur Folge hat. Denn wie schon früher und in einem anderen Zusammenhang angedeutet⁸⁷³⁾, so tritt auch und gerade hier die Frage auf, ob nicht die rückwirkende Beseitigung zugleich eine "Rückwirkung der Nachwirkung" (vgl. § 4 V TVG) bedeutet, eine Frage freilich, die nur im Falle der Bejahung einer Nachwirkung schlechthin entstehen kann⁸⁷⁴⁾. Ist sie zu bejahen, dann kann Beseitigung durch Anfechtung oder Kassation für die Vergangenheit auch nur rückwirkende Beseitigung der Unabdingbarkeit beinhalten⁸⁷⁵⁾. Man kann ihr nicht schon mit dem Hinweis darauf ausweichen, jede Rückwirkung sei eine Fiktion: im Wirklichkeit hätten die Tarifnormen eben gegolten und gewirkt,

871) Herschel, a.a.O.

872) Herschel, a.a.O., S. 364 f.

873) Vgl. oben S. 144, Fußnote 550, sowie S. 184

874) Vgl. dazu oben S. 41, 143 f.

875) Vgl. oben S. 144 f.

also sei eine Nachwirkung möglich. Denn mindestens mit gleicher Überzeugungskraft könnte angeführt werden, daß - ex post gesehen - die Wirkung rein faktischer Art und im Widerspruch zum geltenden Recht gewesen sei, eine Nachwirkung also Nachwirkung des Unrechts bedeute und die Beseitigung infolge begründeter Anfechtung praktisch unwirksam werden lasse.

Notwendig und geboten ist demgegenüber ein Blick auf Sinn und Zweck der Nachwirkung von Tarifnormen. Die Regelung des § 4 V TVG sollte sicherstellen, daß die bisher tariflich geregelten Arbeitsverhältnisse mit Außerkrafttreten des Tarifvertrages nicht mehr oder minder lückenhaft würden, was eine untragbare Rechtsunsicherheit bedeuten müßte ⁸⁷⁶). Früher. d.h. unter der Herrschaft der TVO, war die Notwendigkeit einer Nachwirkung der Tarifnormen deshalb trotz fehlender positivrechtlicher Grundlage anerkannt, ihre dogmatische Begründung allerdings umstritten ⁸⁷⁷). Diesen Mangel hat § 4 V TVG beseitigt. Aus Sinn und Zweck dieser Einrichtung folgt, daß eine "Rückwirkung der Nachwirkung" bei Anfechtung wie Kassation sinnwidrig sein würde. Denn da die Arbeitsverhältnisse beispielsweise der betroffenen Tarifaußenseiter bereits infolge Einwirkung der allgemeinverbindlichen Tarifnormen ausgestaltet und tarifgemäße Leistungen bereits erbracht bzw. empfangen worden sind - wenn auch möglicherweise auf Grund rechtswidriger AVE -, so können jedenfalls Gesichtspunkte der Rechtsunsicherheit keine positive oder negative Rolle mehr spielen. Abgesehen davon würde die Annahme einer rückwirkenden

876) BAG E 6, 90 (93 f.) = AP Nr. 1 zu § 4 TVG - Nachwirkung - mit Anm. Tophoven; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 4, Rdnr. 63; Nikisch, II, S. 390 f.; Hueck-Nipperdey, Lb. II, S. 379; RGZ 114, 194 (195)

877) Vgl. hierzu die Nachweise bei Hueck-Nipperdey, Lb. II, 3./5. Auflage, § 20 IV 3 (S. 238 ff); Nikisch, II, S. 389

Nachwirkung im Ergebnis kaum von dem Ausschluß jeglicher Rückwirkung im Sinne jener arbeitsrechtlichen Lehre⁸⁷⁸⁾ zu unterscheiden sein. Dazu bedarf es nicht einer derart gekünstelt wirkenden Konstruktion. Es bleibt hiernach dabei, daß Kassation rückwirkende Beseitigung der Rechtswirksamkeit ist und also rückwirkender Wegfall der Rechtsgrundlage für erbrachte bzw. empfangene Leistungen. Soll dies ausgeschlossen sein, muß die Begründung dafür auf andere Weise gesucht, d.h. aus anderen Gesichtspunkten hergeleitet werden.

b) Ehe man sich aber nun entschließt, den vor allem von H e r s c h e l gewiesenen Weg einzuschlagen oder auch nur in Erwägung zu ziehen, liegt es näher, erst einmal zu prüfen, ob das Problem nicht durch Regelung und Auswirkung des Suspensiveffektes hinfällig wird⁸⁷⁹⁾. Denn wenn der Suspensiveffekt mit Erhebung der Anfechtungsklage gegen eine AVE überhaupt eintreten kann, wovon hier ausgegangen werden soll⁸⁸⁰⁾, so beinhaltet er, daß der tariflose Zustand für die Außenseiter vorläufig fortbesteht; tarifliche Leistungen sind zunächst weder zu fordern noch zu erbringen.

Aber es ist ja auch für den Suspensiveffekt streitig, ob er auf den Zeitpunkt des Erlasses bzw. Inkrafttretens zurückwirkt oder nicht⁸⁸¹⁾. Bejaht man die Rückwirkung, so stellen sich hier ähnliche, wenn nicht gleiche Probleme wie bei der Kassation, weil Suspension vorläufige Kassation ist⁸⁸²⁾. Verneint man sie, so ist der Suspensiv-effekt hinsichtlich des vor Klageerhebung liegenden Zeitraumes ohnehin ausgeschlossen. Der demgegenüber denkbare Einwand, daß es sich insoweit um einen nur sehr kurzen

878) Vgl. oben S. 233 ff; überdies wirken nicht alle Tarifnormen nach, vgl. oben S. 143, Fußnote 548

879) Vgl. Tophoven, Anm. zu AP Nr. 6 zu § 5 TVG

880) Vgl. oben S. 181 ff

881) Vgl. oben S. 182 ff

882) Dazu oben S. 184 ff

Zeitraum handeln könnte, enthält keine befriedigende Antwort auf die prinzipielle Fragestellung.

Eine weitere schwerwiegende Überlegung tritt hinzu. Der Suspensiveffekt ergreift nämlich, wie nachgewiesen⁸⁸³⁾, nur das Verhältnis zwischen Kläger, Beklagtem und Beigeladenen bzw. Beizuladenden. Wird nun die AVE ganz (absolut) oder (nur) für einen Teil der Außenseiter (relativ) aufgehoben, so ist für die am Prozeß unbeteiligten unter ihnen die Rückwirkung der Kassation jedenfalls nicht schon infolge Suspension gegenstandslos.

2. Es bleibt also die vornehmlich von H e r s c h e l herangezogene und weiterentwickelte arbeitsrechtliche Lösung⁸⁸⁴⁾. Sie scheint in der Tat besonders nahezu liegen, weil durch und infolge AVE die Arbeitsverhältnisse regelmäßig vieler Personen, der Tarifaußenseiter, entsprechend den Bedingungen des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages gestaltet werden, in gleicher Weise, wie dies hinsichtlich der organisierten Tarifgebundenen durch den Tarifvertrag geschieht (vgl. § 4 I TVG). Die - als solche zulässige - Anfechtung des Tarifvertrages wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung oder Drohung (§§ 119, 123 BGB) kommt nach allgemeiner Ansicht einer Kündigung aus wichtigem Grunde gleich, entfaltet also Wirkung nur pro futuro und unter Ausschluß jeglicher Rückwirkung⁸⁸⁵⁾. Anders als im Falle der vom Gesetzgeber des § 142 I BGB allein bedachten individualrechtlichen Verträge sei es, so wird dabei argumentiert, ein Wesensmerkmal des Tarifvertrages als kollektiven Normenvertrages, daß die Rechtsbeziehungen eines großen Personenkreises durch ihn wie durch seine Beseitigung betroffen

883) Oben S. 188 f.

884) Vgl. oben S. 233 f.

885) Vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 1, Rdnr. 20; Hueck-Nipperdey, Lb. II, S. 267; dieselben, Grundriß, S. 211 f.; Nikisch, II, S. 352 f.

würden. § 142 BGB zufolge müßte also nachträglich die Einwirkung der Tarifvertragsnormen auf die tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse wieder entfallen, würden Pflichten wie Rechte der Arbeitgeber und Arbeitnehmer nachträglich einen anderen Inhalt bekommen. Große Rechtsunsicherheit wäre die Folge, sehr viel schwerwiegender als die Konsequenzen im Falle der erfolgreichen Anfechtung von Einzelverträgen⁸⁸⁶⁾.

Bemerkenswert ist dabei, daß auch für die Anfechtung von bereits angetretenen Einzelarbeitsverhältnissen von der Unanwendbarkeit des § 142 I BGB ausgegangen wird⁸⁸⁷⁾. Hierzu wird im wesentlichen angeführt, daß bereits angetretene Arbeitsverhältnisse nicht nachträglich wieder aus der Welt geschafft werden könnten, zumal es sich nicht mehr um rein schuldrechtliche, sondern zugleich personenrechtliche Beziehungen handelte. Überdies seien tatsächliche, von den Arbeitnehmern erbrachte Leistungen nicht rückwirkend zu beseitigen⁸⁸⁸⁾.

Nun sind beim Einzelarbeitsverhältnis die Parteien - wenigstens rechtlich - Herren ihrer eigenen Beziehungen, also in Bezug auf deren Begründung, Inhalt und Beendigung. Wenn schon hier, wo die Partner selbst etwaige Willensmängel geltendmachen und also über Bestand und Beendigung ihrer Rechtsbeziehungen selbst entscheiden können, die Rückwirkung der Anfechtung ausgeschlossen sein soll, mit wieviel mehr Recht und Berechtigung muß es auch und gerade dort so sein, wo andere, nämlich die Tarifvertragsparteien, Herren dieses Vertrages und damit zugleich in einem erheblichen Umfang auch der

886) Hueck-Nipperdey, Lb. II, a.a.O.

887) Allgemeine Ansicht; vgl. BAG E 5, 58 (64 ff) = AP Nr. 2 zu § 125 BGB; E 5, 159 = AP Nr. 2 zu § 123 BGB; ArbG Bremen, AP Nr. 1 zu § 119 BGB mit Anm. Larenz; ArbG Heilbronn, AP Nr. 7 zu § 123 BGB; Hueck-Nipperdey, Lb. I, S. 186 ff; vgl. auch S. 123 ff; dieselben, Grundriß, S. 56 f.; Nikisch, I, S. 222 f., alle mit weiteren Nachweisen.

888) Vgl. vor allem BAG E 5, 58 (65)

Rechtsverhältnisse der Tarifgebundenen sind und also aus eigener Macht über deren Schicksal entscheiden können, indem sie Willensmängel durch Anfechtung geltend-machen?⁸⁸⁹⁾ Hier fordert nicht zuletzt der Schutz der Tarifunterworfenen die Gewährung ausreichender Rechtssicherheit wenigstens für die Vergangenheit⁸⁹⁰⁾. Und nichts anderes darf insofern bei teilweiser oder absoluter Kassation einer AVE auf Anfechtungsklage eines einzelnen Außenseiters gelten.

3. Die "arbeitsrechtliche" Lösung scheint sich sonach geradezu aufzudrängen. Indessen wäre es gefährlich, voreilig Schlüsse zu ziehen, und leider lassen denn auch die Verfechter dieser Lehre jegliche Auseinandersetzung mit solchen Fragen vermissen, die nicht in das Bild passen, weil sie auf Punkte abzielen, in denen die Vergleichbarkeit endet.

Da ist einmal die Überlegung, daß das, was für die bürgerlichrechtliche Anfechtung gilt, noch nicht ohne weiteres für die prozessuale Einrichtung der Anfechtungsklage mit dem Zweck und Ziel der Kassation maßgebend sein muß. Zweitens handelt es sich beim Gegenstand, der AVE, nicht um ein Rechtsgeschäft des Privatrechts, sondern um einen Hoheitsakt⁸⁹¹⁾. Dessen Anfechtung und Beseitigung sind Elemente des Rechtsschutzes gegen (übergeordnete) staatliche Gewalt, müssen infolgedessen anderen Regeln unterliegen.

a) Verhältnismäßig einfach läßt sich jenes Bedenken ausräumen, das auf der Unterschiedlichkeit von

889) Vgl. Nikisch, II, S. 353

890) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lb. II, S. 267 f.

891) Das erkennt auch Herschel, RdA 1959, S. 364 f., nicht, mißt allerdings diesem Umstand offenbar keinerlei Bedeutung zu.

bürgerlichrechtlicher Anfechtung und verwaltungsprozessualer Anfechtungsklage basiert. Unter dem hier allein bestimmenden Gesichtspunkt gesehen, handelt es sich nur um eine formale Verschiedenheit. Denn beides geht auf die Beseitigung der Rechtswirksamkeit des Objektes, hier Arbeits- und Tarifvertrag, dort AVE. Gebietet die besondere Eigenart dieses Objektes, daß seine Beseitigung nur ex nunc erfolgen kann, so kann es insofern nicht darauf ankommen, ob sie in Gestalt einer empfangsbedürftigen Willenserklärung oder auf Anfechtungsklage durch gerichtliches Kassationsurteil geschieht.

b) Nicht so schnell abzutun ist der zweite Einwand.

Denn wie schon angedeutet, ist die verwaltungsgerichtliche Kassation Rechtsschutzverwirklichung gegenüber hoheitlicher Gewalt, die unter dem Gebot der Rechtmäßigkeit steht (Art. 20 III, 1 III GG). Kann das Gewicht der Fehlerhaftigkeit, d.h. objektiver Rechtswidrigkeit eines Hoheitsaktes demjenigen eines Willensmangels im Sinne der §§ 119, 123 BGB gleichzuachten sein? Denn der Ausschluß der Rückwirkung der Beseitigung bedeutet, daß die rechtswidrige AVE und somit ein dem objektiven Recht widerstreitender tarifgemäßer Zustand für die Vergangenheit trotz festgestellter Rechtswidrigkeit Bestand behält.

So gestellt, wird die Frage verneint werden müssen. Gleichwohl ist damit noch nichts entschieden. Denn das Problem der Rückwirkung des Kassationsurteils bei der AVE stellt sich zugleich als ein dem öffentlichen Recht durchaus geläufiger und somit aus ihm selbst zu entscheidender Konflikt zwischen den verfassungskräftigen Prinzipien der Rechtmäßigkeit und der Rechtssicherheit dar. Beide Prinzipien genießen in abstracto die gleiche verfassungsmäßige Wertschätzung⁸⁹²⁾. Es kann sich daher

892) Vgl. BVerfG E 2, 380; E 7, 194; BVerwG E 11, 136, 137; BVerwG NJW 1964, S. 1289

immer nur fragen, welchem von beiden in concreto der Vorrang zukommt⁸⁹³⁾.

c) Da ist zunächst festzustellen, daß der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung keine lückenlose Ausgestaltung gefunden hat. So behält der rechtswidrige, aber wirksame Verwaltungsakt Bestand, wenn und solange er nicht aufgehoben wird. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz in Gestalt der Kassation eines Verwaltungsaktes tritt nur ein, wenn dieser nicht nur objektiv rechtswidrig ist, sondern der jeweilige Kläger dadurch auch subjektiv in seinen Rechten verletzt wird (§§ 113 I, 42 II VwGO). Es wird von der verfassungsmäßigen Rechtsordnung mithin in Kauf genommen, daß rechtswidrige Hoheitsakte Bestand und Wirksamkeit haben und behalten und also Anspruch auf Beachtung und Befolgung erheben.

Noch aussagekräftiger ist eine vergleichende Betrachtung der hauptsächlich von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über den Widerruf von begünstigenden rechtswidrigen (Dauer-)Verwaltungsakten. Stark vereinfacht lassen sie sich wie folgt darstellen.⁸⁹⁴⁾ Nach dem auch im öffentlichen Recht gültigen Grundsatz von Treu und Glauben darf unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ein rechtswidriger Verwaltungsakt nur zurückgenommen werden, wenn das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung das durch den Erlass des fehlerhaften Aktes begründete Vertrauen des Begünstigten auf die Beständigkeit behördlicher Entscheidungen überwiegt⁸⁹⁵⁾. Bei Verwaltungsakten, die den dauernden regelmässigen Bezug von Leistungen aus öffentlichen Mitteln zum Gegenstand oder zur Folge haben, kommt ein rückwirkender Widerruf - mit der Folge der Rückforderung

893) BVerwG E 11, 136 (138)

894) Zusammenfassend wiedergegeben in BVerwG E 19, 188 = DVBl 1965, S. 328 = ZBR 1964, S. 370; vgl. auch Wolff, StuB I, S. 313 ff. - Eine Auseinandersetzung mit diesen Grundsätzen und ihre Überprüfung ist hier weder möglich noch erforderlich.

895) BVerwG E 19, 188, 189 f.

erbrachter Leistungen - regelmäßig nicht in Frage, sofern der Leistungsempfänger sich mit guten Gründen auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes verlassen durfte⁸⁹⁶⁾.

Beachtung verdient hier - allein - die Beispielhaftigkeit oder Vorbildlichkeit der Konsequenzen dieser These sowie ihrer Beweggründe. Interessant ist nämlich in dem vorliegenden Zusammenhang, daß für eine zurückliegende Zeit in Kauf genommen werden soll, daß trotz Rechtswidrigkeit des zugrundeliegenden Verwaltungsaktes erbrachte Leistungen nicht zurückgewährt werden, und zwar mit Rücksicht auf das Vertrauen des Empfängers in den Bestand der Rechtsgrundlage. Dies soll zumal dann gelten, wenn das Empfangene bereits für den Lebensaufwand eingesetzt worden war, wenn der Empfänger seine Lebensführung entsprechend eingerichtet hatte⁸⁹⁷⁾.

d) Damit sind Maßstäbe aufgestellt, die auch für den Fall der Kassation einer AVE Bedeutung gewinnen können. Auch hier wird vielfach, wie festgestellt, die Rückwirkung unter Hinweis auf den Schutz des Vertrauens der Außenseiter in ihre arbeitsrechtliche Stellung und die damit verbundenen Rechte und Pflichten abgelehnt. Freilich darf nun aber nicht übersehen werden, daß die Dinge bei der AVE doch etwas komplizierter liegen. Es stehen sich nämlich nicht reinlich geschieden die Forderung des Vertrauensschutzes des Bürgers einerseits und jene nach Rechtmäßigkeit der Verwaltung andererseits gegenüber. Hier kann vielmehr Schutz des Vertrauens des einen Bürgers zugleich Benachteiligung eines anderen Bürgers bedeuten: Ist infolge - rechtswidriger - AVE der höhere Tariflohn an Tarifaußenseiter gezahlt worden, so soll es nach jener Ansicht dennoch für die Vergangenheit hierbei verbleiben, soll § 812 BGB ausgeschlossen sein,

896) BVerwG, a.a.O.

897) Vgl. BVerwG NJW 1964, S. 1289 f.; BVerwG E 19, 188 (191)

und das möglicherweise in einer Vielzahl von Fällen mit allen ihren Folgen. Eine Rechtsverletzung seitens der öffentlichen Gewalt soll bei den einen nur für die Zukunft beseitigt werden können, für die Vergangenheit jedoch zugunsten der Interessen anderer unbeachtlich bleiben. Diese Besonderheit rät bei der Übernahme von Maßstäben zur Vorsicht. Hier, im Falle der Kassation einer AVE, streitet das öffentliche Interesse nicht allein für die Verwirklichung des Prinzips der Rechtmäßigkeit; im öffentlichen Interesse ist nämlich auch die Gewährung des notwendigen Rechtsschutzes gegenüber Akten staatlicher Gewalt (vgl. Art. 19 IV GG), und man kann sehr wohl fragen, ob dieser noch ausreichend ist, wenn die Kassation eines derartigen Dauerverwaltungsaktes nicht auch die zurückliegende Zeit umfaßt. Allerdings könnte sich auch die Gegenposition zugunsten des Ausschlusses jeglicher Rückwirkung auf Umstände berufen, deren Beachtung im öffentlichen Interesse geboten ist. Das gilt zumal für die Beachtung des Grundsatzes der Rechtssicherheit⁸⁹⁸⁾ Denn wie mit Recht bemerkt worden ist⁸⁹⁹⁾, würde die rückwirkende Beseitigung der Rechtsgrundlage für die Beziehungen der Arbeitspartner zueinander bei der regelmäßigen erheblichen Anzahl von betroffenen Außenseitern zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen können. Es darf ferner nicht übersehen werden, daß dem Gesetz selbst eine gewisse Einschränkung des Rechtsschutzes für den Kläger zugunsten der Interessen - also nicht nur der Rechte! - Dritter nicht völlig fremd ist. So läßt § 80 II Nr. 4 VwGO die Anordnung der sofortigen Vollziehung (allein) im überwiegenden Interesse eines anderen am Verwaltungsakt Beteiligten zu und verlangt damit sowohl von der Behörde als auch - im Wiederherstellungsverfahren nach § 80 V - vom Verwaltungsgericht die Abwägung von Rechtsschutzinteressen

898) Vgl. BVerwG E 13, 28; BVerwG NJW 1964, S. 1289 f.

899) Vgl. die oben S. 233 ff, 238 ff wiedergegebenen Meinungsäußerungen.

einerseits und des Interesses der vom Verwaltungsakt etwa Begünstigten an seiner Weiterwirkung andererseits. Denn der Suspensiveffekt ist, wie festgestellt⁹⁰⁰⁾, ein Instrument des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, er dient zu dessen Ergänzung und Vervollkommnung, und die Anordnung der sofortigen Vollziehung bedeutet deshalb regelmäßig eine Beschneidung des Rechtsschutzes. Allerdings handelt es sich im Falle des einen wie des anderen nur um vorläufige und gegebenenfalls vorübergehende Wirkungen, weil durch rechtskräftige Gerichtsentscheidung begrenzt⁹⁰¹⁾. Indessen ändert dieser Umstand nichts an der prinzipiell bedeutsamen Feststellung, daß auch die VwGO angesichts bestimmter Konfliktlagen die Hintanstellung von Rechtsschutzinteressen zugunsten anderer ermöglicht, im Bewußtsein der etwaigen nachteiligen Folgen für den Kläger⁹⁰²⁾.

Die AVE ist zwar ein staatlicher Hoheitsakt, aber mit der Eigenart, daß durch ihn nicht nur die Rechtsstellung des einen Klägers, sondern mit ihm und daneben eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen mit zumeist komplexem Inhalt gestaltet wird. Das hebt ihn aus der Masse derjenigen Verwaltungsakte heraus, deren Beseitigung nur Abwehr rechtswidriger hoheitlicher Eingriffe, nicht aber zugleich auch die Beeinträchtigung von Rechtsstellungen Dritter bedeutet. Es erscheint daher nicht nur vertretbar, sondern auch gerechtfertigt und geboten, ihn im Verwaltungsprozeß anders zu behandeln und die Entscheidung zugunsten der Kassation ex nunc für den Regelfall zu

900) Vgl. oben S. 189 f.

901) Nämlich bei der Suspension im Falle der Klageabweisung, bei der sofortigen Vollziehung im Falle der Kassation!

902) Es bedarf daher zur Rechtfertigung der arbeitsrechtlichen Lösung bei der AVE nicht unbedingt noch eines Zurückgreifens auf den fundamentalen Gedanken, daß die Rechtsordnung unter dem Grundgesetz die Ausübung eines Rechtes unter gleichzeitiger Verletzung der Rechte anderer mißbilligt, daß also jedem Recht Grenzen durch die Rechte anderer gesetzt sind; vgl. auch Maunz-Dürig, Art. 2 I, Rdnr. 4, 70 ff, 73

treffen.

So gesehen, bietet die Qualifikation der AVE als Verwaltungsakt in Form der Sammelverfügung für die Wirkung der Kassation in zeitlicher Hinsicht keine unüberwindlichen Schwierigkeiten. Freilich lassen sich die vorhandenen nicht allein mit Hilfe von Auslegung und Anwendung der Regelungen der VwGO meistern. Sie erfordern vielmehr die Heranziehung und Konkretisierung allgemeinerer Rechtsgrundsätze.

4. In diesem Zusammenhang bleibt noch ein Blick zu werfen auf die zeitliche Wirkung der verwaltungsgerichtlichen Kassation einer behördlichen **Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit** gemäß § 5 V TVG.

Diese wird im einschlägigen Schrifttum nicht besonders behandelt, praktisch also mit Stillschweigen übergangen. Eine derartige Einstellung wäre begründet, wenn es sich um eine offenkundig unproblematische Frage handelte - entweder, weil die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit keinen Dauerverwaltungsakt darstellte und infolgedessen zeitlich nicht teilbar sein könnte, oder aber wenigstens ihre Kassation mit Wirkung *ex tunc* keine besonderen Schwierigkeiten auslösen würde. Dem ist nicht so, wie die folgenden Erörterungen zeigen werden. Als unzulässig wird es sich auch erweisen, die Frage mit der bloßen Erwägung zu beantworten, daß das, was in Bezug auf die Kassation der AVE gelte, bei deren *actus contrarius*, der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit, *mutatis mutandis* nicht anders sein könne.

a) Die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages beseitigt nach allgemeiner Ansicht lediglich die Unabdingbarkeit der Tarifvertragsnormen als Mindestarbeitsbedingungen für die Außenseiter⁹⁰³). Kassation dieser

903) Vgl. oben S. 41 f. und die in Fußn. 140, 141 genannten Autoren.

Aufhebung bedeutet daher zugleich Wiederherstellung der Unabdingbarkeit. Während aber die AVE ohne Tarifvertrag keine Wirkung entfalten kann, genügt für die Beendigung der unabdingbaren Wirkung der tarifvertraglichen Mindestarbeitsbedingungen allein die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit gemäß § 5 V TVG. Jedoch ändert das nichts daran, daß auch die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit für die Tarifaußenseiter einen neuen arbeitsrechtlichen Zustand herstellt - die Abdingbarkeit der nachwirkenden Tarifnormen als Mindestarbeitsbedingungen (auch) zu Ungunsten des einzelnen Arbeitnehmers - und daher Dauerwirkung im oben⁹⁰⁴⁾ beschriebenen Sinn hat. Eine zeitliche Teilbarkeit, d.h. auch die Kassation mit Wirkung ex nunc ist mithin bei ihr gleichfalls möglich.

b) Weiter fragt sich, ob bei rückwirkender Beseitigung hier gleiche oder ähnliche Probleme wie bei rückwirkender Kassation der AVE gewärtigt werden müßten. Vordergründiger Betrachtungsweise scheint sich weniger Anlaß für solche Befürchtung zu bieten. Die Kassation der AVE ex tunc bedeutet den nachträglichen Wegfall der maßgeblichen Tarifvertragsregelung für die zurückliegende Zeit, mithin auch ganz oder teilweise der Rechtsgrundlage erbrachter bzw. empfangener Leistungen für eine Vielzahl von Tarifaußenseitern - bei nur begrenzt möglicher Naturalrestitution⁹⁰⁵⁾. Demgegenüber verleiht die Kassation der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit den nachwirkenden Tarifnormen lediglich wieder die Qualität unabdingbarer Mindestarbeitsbedingungen. Infolgedessen können sich vergleichbare Probleme nur insoweit ergeben, als zwischenzeitlich⁹⁰⁶⁾ für Arbeitnehmer ungünstigere arbeitsvertragliche Abmachungen getroffen worden sind; denn diese werden mit Eintritt der Unabdingbarkeit wieder verdrängt,

904) S. 230 f.

905) Vgl. dazu oben S. 234, 238 ff

906) Nämlich in der Zeit zwischen behördlicher Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit und Kassationsurteil!

bzw. bleiben unwirksam. Einzelvertragliche Regelungen werden also nachträglich durch kollektive ersetzt. Da diese Ersetzung indessen regelmäßig die Arbeitnehmer begünstigt, somit theoretisch allein für den Arbeitgeber die - nachträgliche - Wiederherstellung ungünstigerer Regelungen beinhaltet, und deren Befolgung normalerweise ohne allzu große praktische Schwierigkeiten möglich ist⁹⁰⁷⁾, so werden hier nur selten und vereinzelt ähnliche Unzulänglichkeiten und Nachteile wie im Falle der AVE auftreten.

Allerdings macht sich bei Kassation der Aufhebung etwas anderes erschwerend bemerkbar: das Problem des sogenannten Günstigkeitsvergleichs. Es spielte im Rahmen dieser Untersuchung schon in einem früheren Zusammenhang eine Rolle⁹⁰⁸⁾. Kann es bereits im Einzelfall sehr schwierig sein zu entscheiden, ob eine arbeitsvertragliche Regelung ganz oder teilweise günstiger oder ungünstiger als eine tarifvertragliche ist⁹⁰⁹⁾, so wird das, was zu beurteilen schon dem einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber kaum zuzumuten ist, zu einem Problem der Rechtssicherheit, wenn von solcher Entscheidung der Inhalt einer Vielzahl von Arbeitsverhältnissen abhängig ist. Freilich handelt es sich dabei nicht um eine spezifische Rückwirkungsfolge, denn es existiert sowohl bei ex tunc- wie bei ex nunc-Kassation. Nur betrifft es in jenem Falle die Vergangenheit, also im wesentlichen abgeschlossene Tatbestände und somit die Frage der Restitution mit allen damit verbundenen Schwierigkeiten, in diesem hingegen die inhaltliche Bestimmung zu erbringender arbeitsvertraglicher Leistungen. Man könnte darüber streiten, ob es für sich allein die Notwendigkeit oder wenigstens die Zweckmäßigkeit eines

907) Das gilt z.B. für Verpflichtungen wie diejenige der Lohnzahlung, der Urlaubsabgeltung, der Beitragsentrichtung (für gemeinsame Einrichtungen) u.ä.

908) Vgl. oben § 5, S. 29 ff

909) Etwa: Lohnkürzung bei gleichzeitiger Arbeitszeitverringerung; vgl. dazu auch oben S. 30 f.

Ausschlusses der Rückwirkung rechtfertigt.

Nun kommt aber ein Weiteres hinzu. Möglich ist nämlich, daß für die Arbeitsverhältnisse der Tarifaußenseiter nach Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit d i e s e s Tarifvertrages andere tarifvertragliche Ordnungen maßgebend geworden sind. Dies kann u.a. dadurch geschehen, daß ein anderer Tarifvertrag mit ganz oder teilweise gleichem Geltungsbereich für allgemeinverbindlich erklärt worden ist oder - nach vorübergehender Verdrängung durch den nicht mehr allgemeinverbindlichen Tarifvertrag⁹¹⁰⁾ - wieder Geltung erlangt hat. Wird nun die Aufhebung durch Kassationsurteil beseitigt, die Allgemeinverbindlichkeit des ersten Tarifvertrages also mit Rückwirkung wieder hergestellt, so sieht man sich dem Tatbestand einer ("nachträglichen") Tarifkonkurrenz gegenüber. Damit wird zugleich für eine vielleicht erhebliche Anzahl von Außenseitern ein zusätzliches Unsicherheitsmoment in ihre arbeitsrechtliche Lage hineingetragen. Obzwar ebenfalls nicht eine typische Konsequenz der Rückwirkung, wirkt diese sich hier doch besonders unbequem aus. Denn um zu wissen, was sowohl seitens Arbeitgeber wie Arbeitnehmer geschuldet war und hätte geleistet werden müssen, was also nachzuholen oder zurückzuerstatten ist, bedarf es erst noch einer anderen Bestimmung, nämlich der maßgeblich gewesenen tarifvertraglichen Regelung. Das ist keine Frage eines Günstigkeitsvergleiches, sondern der Spezialität gleichrangiger Rechtsnormen⁹¹⁰⁾. Sie zu beantworten erfordert nicht weniger schwierige Überlegungen und Prüfungen als beim Günstigkeitsvergleich. Außerdem kann sie eine viel größere Zahl von Arbeitsverhältnissen betreffen, wenn nämlich einerseits der subjektive Bereich der Kassation und andererseits die Anzahl der durch die Tarifkonkurrenz betroffenen Tarifaußenseiter erheblich ist. Sie ist auch nicht so theoretisch, wie dies auf ersten Blick erscheinen mag; denn zwischen Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit und Rechtskraft des Kassationsurteils - nach Erschöpfung des Instanzenzuges - kann ein

910) Vgl. dazu die Ausführungen oben S. 75 f.

längerer Zeitraum liegen. Unter diesen Umständen fragt es sich, ob Zweifel über das, was in einer möglicherweise unbestimmten, wenn auch bestimmbar⁹¹¹⁾ Vielzahl von Arbeitsverhältnissen rechtens war (und noch ist), im Interesse des Rechtsschutzes für den Kläger und des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit der Verwaltung als geringeres Übel in Kauf genommen werden können. Man wird nicht einer willkürlichen Beschneidung oder Mißachtung der Rechte Dritter geziehen werden dürfen, wenn man diese Frage mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit verneint; außerdem handelt es sich lediglich um eine Beschränkung der Kassationswirkung für die Vergangenheit.

Unbezweifelbar ist aber auch bezüglich der zeitlichen Wirkung der Kassation einer Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit die Unzulänglichkeit der positivrechtlichen Regelung, gemessen an den dabei auftretenden Problemen und Forderungen. Es bleibt die Frage, ob ihnen überhaupt in befriedigender Weise verfahrensrechtlich Rechnung getragen werden könnte.

§ 12: Ergebnisse und Erkenntnisse

Versucht man, das Fazit der vorausgegangenen Untersuchungen, genauer: ihrer Ergebnisse zu ziehen, so hat man sich vor der Erwartung zu hüten, es ließe sich in einem Satz darstellen. Wer sich nicht dem Vorwurf der Simplifizierung aussetzen will, muß zugeben, daß dies garnicht möglich ist. Zwar war und blieb Ausgangsfrage, wie sich die Qualifikation der AVE als anfechtbarer Verwaltungsakt im Verwaltungsprozeß auswirkt und welche Folgerungen hieraus auf die Zweckmäßigkeit dieser Qualifikation im Hinblick auf den Rechtsschutz gezogen werden müssen; zugleich, nur anders gewendet, wie sich das geltende positive

⁹¹¹⁾ Zur AVE als Allgemeinverfügung vgl. oben S. 153 ff

Verwaltungsprozeßrecht gegenüber Sonderformen der staatlichen Verwaltungstätigkeit wie die AVE bewährt. Aber es ist nicht zu bestreiten, daß die Untersuchungen eine Fülle von Einzelfragen und -problemen zutage gefördert haben. Indessen sind nicht alle für die AVE als anfechtbarer Verwaltungsakt spezifisch, und nicht alle sind für die Qualifikationsfrage von Bedeutung.

1. Deutlich erkennbar haben sich im Verlaufe der Untersuchungen Kristallisationspunkte herausgeschält, d.h. Quellen besonderer Probleme oder besonderer Häufungen von Problemen. Kristallisationspunkte solcher Art stehen in augenfälliger Korrespondenz zu den spezifischen Eigenheiten der AVE als Verwaltungsakt, gemessen an der "klassischen" Einzelverfügung. Es handelt sich dabei um Eigenheiten, die als Formelemente des Verwaltungshandelns isoliert häufiger auftreten, daher Lehre und Rechtssprechung durchaus bekannt sind und sogar in der VwGO hier und da expressis verbis Beachtung finden, ohne daß man sagen könnte, ihnen wäre ausreichend Rechnung getragen. Die besondere Problematik der AVE als anfechtbarer Verwaltungsakt im Verwaltungsprozeß ist in der Kombination mehrerer jener Eigenheiten begründet, weil dadurch eine Kumulation der Auswirkungen eintritt.

a) Der Ausspruch wie die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages wirken - wenn auch verschieden intensiv⁹¹²⁾ - auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen der Tarifaußenseiter ein, wären also in die Kategorie der rechtsgestaltenden Verwaltungsakte einzuordnen. Diese Art von Verwaltungsakten findet in § 80 I 2 VwGO Berücksichtigung, indem die Anwendung des Suspensiveffektes auf sie ausdrücklich statuiert wird. Offenbleibt aber bereits die Bestimmung dessen, was hier aufgeschoben sein

912) Diese Einschränkung ist wegen der Lehre von der Nachwirkung bei der Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit notwendig; vgl. dazu oben S. 41

soll: ob (lediglich) der Vollzug, d.h. jede auf Zweckverwirklichung gerichtete behördliche Maßnahme, oder (auch) die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes⁹¹³⁾. Wirkt der Verwaltungsakt auf ein Rechtsverhältnis mehrerer, untereinander gleichgeordneter Rechtssubjekte ein⁹¹⁴⁾, und wird dadurch ein Teil (auch) belastet, der andere (auch) begünstigt, so entsteht die in Schrifttum und Rechtsprechung genugsam erörterte Frage, ob der Begünstigte oder der Belastete oder Beide mit ihren Interessen an einer vorläufigen Regelung zurücktreten müssen. Eine solche Situation besteht bei der AVE hinsichtlich derjenigen Tarifaußenseiter, die zugleich untereinander Arbeitsvertragspartner sind. Nur potenziert sich das Gewicht der Problematik bei der AVE in ungewöhnlichem Maße dadurch, daß es sich hier um eine Vielzahl von "Dreiecksrechtsverhältnissen", also von Betroffenen, handelt. Damit ist die Frage der Reichweite des Suspensiveffektes in subjektiver Beziehung angesprochen, die sich bei allen Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen ergeben kann. Das Gesetz selbst gibt lediglich in § 80 II Nr.4 einen Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber diese Lage bedacht hat, aber daraus allein kann leider für das anstehende Problem wenig gewonnen werden. Man muß deshalb versuchen, aus Wesen und Zweck des Suspensiveffektes etwas herzuleiten. Verhältnismäßig einfach ist die Lösung, wie gezeigt wurde⁹¹⁵⁾, wenn und soweit die vom angefochtenen Verwaltungsakt Betroffenen mit dem Kläger in Rechtsbeziehungen stehen, wie das bei der AVE für die im Arbeitsverhältnis untereinander befindlichen Außenseiter der Fall ist. Wenn überhaupt aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage, dann notwendig für und gegen alle derartig Beteiligten. Es fragt sich nur, ob gleiches für die anderen, nicht mit dem Kläger in gestalteten Rechtsbeziehungen stehenden betroffenen Außenseiter angenommen werden muß. Damit wird ein neuer

913) Vgl. dazu oben S. 179 ff

914) Dreiecksverhältnisse i.S. von Bachof, vgl. oben S. 206 und Fußnote 773

915) Obern S. 205 ff

Problembereich berührt, der Suspensiveffekt bei Allgemeinverfügung und Sammelverfügung.

b) Als Verwaltungsakt gehört die AVE, wie nachgewiesen wurde⁹¹⁶⁾, überwiegend zu der Kategorie der Sammelverfügung als Sonderform der Allgemeinverfügung, weil sie eine Vielzahl von individuell bestimmbar Personen zugleich, nämlich die Tarifaußenleiter im Geltungsbereich des Tarifvertrages erfaßt⁹¹⁷⁾. Der an eine Mehrzahl von Rechtssubjekten gerichtete Verwaltungsakt wird in der VwGO sehr stiefmütterlich behandelt oder berücksichtigt. Dieser Umstand macht sich bei der AVE schon wegen der Vielzahl und Verschiedenartigkeit der potentiell Anfechtungsbefugten besonders nachteilig bemerkbar. Immerhin wird in § 65 und in § 80 II Nr.4 VwGO davon ausgegangen, daß durch einen Verwaltungsakt mehrere Personen betroffen werden können. Daß aber auch hiermit der prozessualen Situation der AllVfg im allgemeinen und der AVE im besonderen nur unzulänglich Rechnung getragen ist, haben die Untersuchungen deutlich werden lassen.

aa) Zwar erwies sich die Frage der subjektiven Reichweite der Urteilsbindung bei der verwaltungsgerichtlichen Kassation der AVE als Scheinproblem⁹¹⁸⁾. Umso problematischer wirkte sich aus, daß die VwGO für den Gestaltungsumfang des Kassationsurteils in subjektiver Beziehung keinerlei Hinweis auf etwaige Vorstellungen des Gesetzgebers gibt, vielleicht, weil dieser - zu Unrecht - von Selbstverständlichkeiten ausgeht, oder - was naheliegender ist - den Fragenkomplex in seiner praktischen Bedeutung überhaupt nicht gesehen hat. Diese Lücke wird im Falle der AVE evident, zumal gerade hier von arbeitsrechtlicher Seite die Notwendigkeit einheitlicher (absoluter) Kassation herausgestellt worden ist⁹¹⁹⁾. Aber sie zu schließen

916) Oben S. 157 ff

917) Für die Doppelnaturlehre und deren Verständnis der AVE gilt naturgemäß insofern ebenso etwas anderes wie für die Lehre von Bogs und Herschel; vgl. dazu oben S. 6, 7f.

918) Dazu oben § 7, Zweites Kapitel, S. 173 ff

919) Vgl. dazu oben S. 149 f.

oder wenigstens einen Weg dahin zu weisen, bedarf es erst noch der Überwindung eines Versäumnisses auf einem anderen Gebiet; denn materiell wie prozessual ist das Phänomen der AllVfg noch nicht bewältigt. Natürlich kam eine erschöpfende Behebung dieses Mangels hier nicht in Frage. Immerhin konnten, ausgehend von der grundlegenden Erkenntnis, daß es mehrere Arten von Allgemeinverfügungen gibt, für die besondere Form der Sammelverfügung im allgemeinen wie der AVE im besonderen einige Regeln erarbeitet werden. Anhand der auf eine Verhaltenseinheit oder einen Gesamtzustand gerichteten Sammelverfügung wurde dargetan, daß zwar grundsätzlich die gegen den einzelnen klagenden Betroffenen gerichtete Einzelverfügung aus dem "Bündel" der einheitlichen Verfügung im Streit ist und daher isolierter Gegenstand der Kassation sein kann, daß aber eine derartige relative Kassation immer zugleich unter dem Gesichtspunkt und nach den Maßstäben einer Teilaufhebung des einheitlichen Verwaltungsaktes der Sammelverfügung zu erfolgen hat, weil u.U. eine den Gerichten nicht zukommende sachliche Änderung des ursprünglichen Verwaltungsaktes damit verbunden sein kann. Hieraus wiederum wurde die Vermutung für die Notwendigkeit absoluter Kassation gerade auch im Falle der AVE hergeleitet.

bb) Dieses mit Blickrichtung auf die Sonderform der AVE entwickelte Ergebnis muß Konsequenzen haben im Verhältnis zu anderen, von relativer oder absoluter Kassation der von der AllVfg Betroffenen. Denn deren Rechtsstellung würde hiernach ohne oder gegen ihren Willen verändert werden können. Trägt das Gesetz dieser Möglichkeit Rechnung? Es wurde gezeigt, daß dies nicht der Fall ist und wohl auch nicht sein kann. Denn das Institut der *B e i l a d u n g* des § 65 VwGO ist zwar auf den Tatbestand abgestellt, daß durch die Entscheidung andere als Kläger und Beklagter rechtlich berührt werden. Es führt sich jedoch selbst und seinen Zweck ad absurdum, versucht man, es auf die AllVfg im Verwaltungsprozeß anzuwenden. Denn würde man

davon ausgehen, daß alle von der Kassation Betroffenen Beteiligte i.S. des § 65 II oder wenigstens des § 65 I VwGO sind, so würde es sich regelmäßig um eine so große Zahl handeln, daß von einem geregelten Prozeß nicht mehr gesprochen werden könnte. Diese Einsicht ist mit dem Sinn einer Einrichtung unvereinbar, die u.a. dazu bestimmt ist, den Betroffenen die Möglichkeit zu geben, durch aktive Beteiligung am Rechtsstreit Einfluß auf dessen Verlauf und Ausgang zwecks Wahrung eigener Interessen zu nehmen. Wem diese Betrachtungsweise unbefriedigend erscheint, der mag sich die Verfahrensregelungen der abstrakten Normenkontrolle vergegenwärtigen. Denn hier wie dort, bei der Rechtsnorm wie bei der AllVfg, gibt es eine Vielzahl von Betroffenen (Rechtsunterworfenen), die auch von der richterlichen Entscheidung berührt werden müssen, ohne daß eine Beiladung oder sonstige Beteiligung im Prozeß in Betracht gezogen wird. Diese Tatsache kann - ob bequem oder nicht - für die Qualifikationsfrage als Rechtsschutzproblem nicht ignoriert werden.

cc) Muß, was hinsichtlich der Reichweite in subjektiver Beziehung für die Kassation gilt, auch beim *S u s - p e n s i v e f f e k t* - als "vorläufiger" Kassation⁹²⁰⁾ - Gültigkeit haben? Genauer gefragt: werden Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit im Zweifel durch Erhebung der Anfechtungsklage ebenfalls einheitlich (absolut) suspendiert? Vergebliche Mühe, das Gesetz zu befragen, denn es gibt keinen Fingerzeig für die richtige Antwort. So bleibt nur der Rückgriff auf Wesen und Zweck des Suspensiveffektes. Dieser führt zu der Erkenntnis, daß der auf den ersten Blick verführerisch erscheinende Vergleich mit der Kassation lediglich hinsichtlich dessen vertretbar ist, was und wie aufgeschoben wird, gibt jedoch darüberhinaus nichts her. Für die subjektive Reichweite

920) Vgl. dazu oben S. 179 f.

ist wesentlich, daß der Suspensiveffekt ipso iure und ohne Rücksicht auf den Umfang späterer Kassation mit Erhebung der Anfechtungsklage eintritt und daher begrenzt bleibt auf das Verhältnis des Klägers und seiner etwa mitbetroffenen Arbeitsvertragspartner einerseits und der beklagten Behörde andererseits. Manchmal der sich wegen dieser Beschränkung bei der AllVfg im allgemeinen und der AVE im besonderen ergebenden drohenden Unzuträglichkeiten für Prozeßbeteiligte sowohl wie für Nichtbeteiligte kann in Anwendung des § 80 II Nr.4 VwGO unter den dort bestimmten Voraussetzungen durch Anordnung sofortiger Vollziehung begegnet werden.

dd) Die Eigenart von AllVfg im allgemeinen und AVE im besonderen, die darin besteht, daß eine Vielzahl von Personen betroffen wird, wirkt sich noch an anderer Stelle problematisch aus. Wird ein derartiger Verwaltungsakt auf entsprechende Klage eines einzelnen Betroffenen zum Gegenstand richterlichen Feststellungsurteils gemacht, so wirkt diese Feststellung wegen § 121 VwGO nur inter partes. Lautet der Urteilsspruch also dahin, daß die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes festgestellt wird, so sind nur die Prozeßbeteiligten hieran gebunden, niemand anders, insbesondere auch nicht die anderen vom nichtigen Verwaltungsakt Betroffenen. Sie können sich zwar ebenfalls auf die Nichtigkeit berufen, gehen dabei aber das Risiko ein, daß das angerufene Gericht abweichend entscheidet. Angesichts der Vielzahl von "Dreiecksrechtsverhältnissen", die regelmäßig durch AVE gestaltet werden, widerstreitet dieses Ergebnis beschränkter Rechtskraftwirkung den Forderungen der Rechtssicherheit in hohem Maße. Ihnen kann allein durch Allgemeinverbindlichkeit der gerichtlichen Feststellung Rechnung getragen werden, wiederum vergleichbar der Wirkung richterlicher Entscheidung im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle.

c) Als Verwaltungsakten ist Ausspruch wie Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit die sogenannte *Dauerwirkung* eigen. Sie gestalten durch ihre Wirkung auf die Geltung der Tarifnormen als Mindestarbeitsbedingungen für längere Zeit den Inhalt von Arbeitsverhältnissen der Tarifaußenseiter. Dementsprechend werden unter diesen Leistungen erbracht und empfangen. Daher stellt sich hier mit besonderer Betonung die Frage der Rückwirkung von Kassation und Suspensiveffekt. Die VwGO geht von der Rückwirkung der verwaltungsgerichtlichen Kassation aus und scheint Ausnahmen hiervon nicht zu kennen. Kassation beinhaltet demnach zugleich den rückwirkenden Wegfall des Rechtsgrundes für erbrachte Leistungen und Gegenleistungen und bedeutet infolgedessen grundsätzlich die Verpflichtung zur Rückgewähr derart ungerechtfertigt erhaltener Leistungen in natura oder durch Wertersatz⁹²¹⁾. Nach allgemeiner Ansicht im Arbeitsrecht widerstreben diese Folgerungen der Rechtssicherheit. Sie können in der Tat nicht wünschenswert sein, zumal die Behörde selbst garnicht Einfluß auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes hat oder diesen gar durchsetzen könnte, dies vielmehr Sache des einzelnen Arbeitnehmers oder Arbeitgebers ist und u.U. nicht ohne langwierige Prozesse gelingen wird. Was aber die Rückwirkung und ihre rechtlichen Konsequenzen hier besonders problematisch macht, ist der schon mehrfach zu beachtende Umstand, daß eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen und damit Personen betroffen sein kann; was im Einzelfall erträglich scheinen und hinzunehmen sein kann, wird bei größerer Zahl zu einem Problem, das öffentliche Interessen zu berühren geeignet ist. Fraglich ist nur, ob diese Erkenntnis ausreicht, um eine Übernahme von materiellrechtlichen Lehren über den Ausschluß jeglicher Rückwirkung bei der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen speziell des Arbeitsrechts in

921) Vgl. § 818 II BGB

das Verwaltungsprozeßrecht zu rechtfertigen. Bejaht man diese Frage, so bedeutet das zwangsläufig Konzessionen an die Rechtssicherheit zu Lasten der Rechtmäßigkeit und des Rechtsschutz suchenden Klägers. Indessen geschieht dies gerade im öffentlichen Recht häufiger, weshalb es auch hier vertretbar, wenn nicht sogar geboten erscheint⁹²²⁾, Freilich bleibt ein Unbehagen, weil die positivrechtliche Regelung der VwGO bei dieser Lösung doch recht weit zurückgelassen werden muß - und weil sofort die weitere Frage entsteht, ob das, was der AVE aus vielleicht wohl-erwogenen Gründen recht ist, nicht auch anderen Verwaltungsakten billig sein muß.

Die Rückwirkung des Suspensiveffektes hingegen, wiewohl umstritten, erscheint weniger problematisch, weil sich wegen des regelmäßig nur kurzen Zeitraumes zwischen Inkrafttreten des Verwaltungsaktes und Erhebung der Klage die praktischen Auswirkungen zumeist im Rahmen des Zumutbaren halten werden. Zweifelhaft ist die Frage bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten mit Dauerwirkung aber auch hier.

2. a) Angesichts dieser zusammenfassenden Überschau der großen Problemkreise scheint sich die Erkenntnis aufdrängen zu wollen, daß staatliche Hoheitsakte mit privatrechtsgestaltender Wirkung auf längere Dauer und einer Vielzahl von Betroffenen nicht Verwaltungsakte im Sinne der VwGO sein können. Von hier aus bis zur Leugnung des Charakters der AVE als Verwaltungsakt schlechthin wäre dann nur noch ein Schritt, bedenkt man zumal, daß es Stimmen gibt, die den Verwaltungsakt danach bestimmen wollen, was nach dem Verfahrensrecht mit der Anfechtungsklage angreifbar ist⁹²³⁾. Indessen kann ein solcher Schritt

922) Vgl. dazu wiederum aus dem Bereich der abstrakten Normenkontrolle § 79 BVerfGG sowie oben S. 224, Fußn. 830, 831

923) Eyermann-Fröhler, § 42, Rdnr. 14; vgl. auch Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 54, 2 b. Dagegen H.J. Wolff, StUB I, § 46, S. 260 f.; Spanner, DOV 1965, S. 155

aufgrund der hier vorgenommenen, sachlich bewußt einseitig gehaltenen Untersuchungen noch nicht getan werden. Man müßte andernfalls vor allem den Einwand gewärtigen, einem Fehlschluß zum Opfer gefallen zu sein: die gezogene Bilanz sei kein Indiz gegen die Qualifikation der AVE als Verwaltungsakt, sondern beweise vielmehr die Unvollkommenheit des geltenden Verwaltungsprozeßrechtes, indem dieses allein dem "klassischen" Einzelakt als Leitbild folge. Feststeht indessen, daß sich beide Erkenntnisse nicht ausschließen, und nicht ernsthaft zu bestreiten ist ferner, daß beide einiges für sich haben. Wie dem auch sei: jedenfalls läßt sich aufgrund der dargestellten Ergebnisse die Behauptung wagen, daß sich die Zweckmäßigkeit der Qualifikation der AVE als Verwaltungsakt, gemessen am Rechtsschutzgedanken, nicht oder zumindest nicht ohne erhebliche Einschränkungen bestätigt hat.

b) Ein gleiches Verdikt scheint demgegenüber die Lehre von der Doppelnatur der AVE nicht fürchten zu müssen. Da dieser Theorie zufolge die AVE nur im Verhältnis zu den Tarifvertragsparteien Verwaltungsakt ist, so hat sie als solcher weder privatrechtsgestaltende Wirkung noch richtet sie sich an eine Vielzahl von Personen, der AllVfg vergleichbar. Infolgedessen müssen zwangsläufig die damit im Verwaltungsprozeß verbundenen Komplikationen entfallen. Dem genaueren Betrachter drängt sich freilich der Eindruck auf, daß lediglich eine Verlagerung der Problematik eintritt. Es war hier nicht beabsichtigt, die Auswirkungen der Doppelnaturlehre im Verwaltungsprozeß ausführlich darzustellen; sie konnten nur andeutungsweise Beachtung finden. Aber es läßt sich schon hiernach ahnen und wäre gesonderter Untersuchung wert, welche Zweifelsfragen bei dieser Lehre z.B. hinsichtlich des Rechtsschutzes für die Tarifaußenseiter im allgemeinen oder wegen der möglichen Doppelgleisigkeit des Rechtsweges⁹²⁴⁾, nicht zuletzt jedoch wegen des Umstandes ergeben müssen,

924) Die AVE als anfechtbarer Verwaltungsakt und zugleich als Gegenstand abstrakter Normenkontrolle?

daß Rechtswidrigkeit einmal Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit - insoweit Verwaltungsakt -, einmal nur und immer Nichtigkeit - insoweit Normsetzungsakt - zur Folge haben kann⁹²⁵⁾.

3. Nun muß man aber a l l e n Versuchen, die AVE rechtlich einzuordnen, zugutehalten, daß ihnen dies vom Standpunkt des Rechtsschutzverfahrens her nicht leicht gemacht wird. Das ist eine weitere und weiterreichende Erkenntnis der Untersuchungen. Auch von allem anderen abgesehen, verdient die Regelung der AVE durch das TVG bezüglich des Verwaltungsverfahrens sowohl wie hinsichtlich der sachlichen Voraussetzungen für Ausspruch und Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit zumindest nicht rechtsschutzfreundlich genannt zu werden. Dieser Eindruck verstärkt sich, denkt man an die eigenartige Initiativ-Konstruktion in Gestalt des Antragsrechts der Tarifvertragsparteien bei der AVE, an die komplizierte Kompetenzregelung zwischen Tarifausschuß und Arbeitsbehörde mit ihren Konsequenzen für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, sowie an die Frage der Bewertung von Fehlerhaftigkeiten in diesem Bereich. So hat die Analyse des § 5 I TVG bzw. BerlTVG mit seinen einzelnen Tatbeständen, vom Standpunkt des nachprüfenden Verwaltungsgerichts gesehen⁹²⁶⁾, befremdliche Resultate gezeitigt, befremdlich freilich nur für denjenigen, der bei der Betrachtung des Gesetzes im Vordergrund haften blieb. Beispielhaft kann hier die Erkenntnis genannt werden, daß die Arbeitsbehörde im Falle des § 5 I Nr.1 BerlTVG lediglich eine Rechtsaufsichtsfunktion wahrzunehmen hat⁹²⁷⁾.

Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes können die Fassungen sowohl des TVG wie des BerlTVG keinesfalls als eindeutig und glücklich bezeichnet werden, mögen sie auch

925) Vgl. dazu Gross, NJW 1965, S. 283 f.; Bettermann, Rechtssetzungsakt usw., S. 729

926) Nicht zuletzt aber auch vom Standpunkt der rechtmäßig handelnden Verwaltungsbehörde!

927) Vgl. dazu oben S. 119 ff

in anderer Hinsicht - worüber hier nicht zu befinden war - den Motiven und Zwecken des Instituts der AVE gerecht werden. Das beinhaltet nicht unbedingt einen Vorwurf. Die gesetzliche Regelung der AVE durch das TVG erfolgte in einer Zeit, als man vornehmlich - oder nur - an ihren arbeitspolitischen und sozialen Zweck als Instrument in Krisenzeiten unter Berücksichtigung überkommener Erfahrungen aus der Zeit der TVO dachte und nicht an den Rechtsschutz gegen seine Handhabung. Indem man nur deren Vorteile sah, übernahm man vielleicht allzu sorglos eine Ausgestaltung aus einer Zeit ohne den heutigen umfassenden und ausgefeilten Rechtsschutz gegenüber der hoheitlichen Gewalt. Auch dies und gerade dies muß man bedenken, wenn man von den prozeßrechtlichen Auswirkungen der verschiedenen Qualifikationen auf deren Wert und Zweckmäßigkeit zurückschließt. Es wird einen davor bewahren, zu weitgehende und apodiktische Zeugnisse zu verteilen. Das gilt auch für die vorliegende Arbeit. Denn so wenig man sich aufgrund seiner Ergebnisse und Erkenntnisse zu der Behauptung versteigen darf, die VwGO biete lückenhaften Rechtsschutz, nur weil sie nicht oder nur teilweise für die AVE als Verwaltungsakt paßt, ebensowenig läßt sich bestreiten, daß sich die AVE als Verwaltungsakt in das Gefüge der Regeln der VwGO einbetten läßt. Aber es ist ein Prokustesbett.-

Lebenslauf

Ich wurde geboren am 14. September 1929 in Berlin als zweiter Sohn des Ingenieurs Kurt Schaefer und seiner Ehefrau Margarethe, geb. Marohn.

Im Juni 1950 bestand ich an der damaligen Herder-Ober-schule in Berlin-Charlottenburg die Reifeprüfung.

Nach achtsemestrigem Studium an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin legte ich die erste juristische Prüfung am 2. 9. 1955 mit dem Prädikat "vollbefriedigend" ab. Die Große Juristische Staatsprüfung wurde ebenfalls in Berlin am 29. 10. 1959 mit dem Prädikat "befriedigend" bestanden.

Nach mehrjähriger Tätigkeit als Assistent an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin trat ich im November 1962 in den Staatsdienst ein und wurde am 1. 2. 1963 zum Magistratsassessor beim Bezirksamt Kreuzberg von Berlin ernannt.

Verzeichnis

Das Buch befindet sich in der Bibliothek der
Freien Universität Berlin e. V. und ist
unter der Signatur: G. 1. 1. 1. 1.
zu finden. Es ist ein Teil der
Sammlung der Freie Universität Berlin
und ist in der Bibliothek der Freien
Universität Berlin e. V. zu finden.
Das Buch ist ein Teil der
Sammlung der Freie Universität Berlin
und ist in der Bibliothek der Freien
Universität Berlin e. V. zu finden.
Das Buch ist ein Teil der
Sammlung der Freie Universität Berlin
und ist in der Bibliothek der Freien
Universität Berlin e. V. zu finden.

Druck:

ERNST-REUTER-GESELLSCHAFT
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e. V.
DISSERTATIONS-DRUCKSTELLE
1 Berlin 33, Garystr. 45

